

Strafrechtliche Aspekte im Kartellrecht

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und
Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Justus Liebig-Universität in Gießen

vorgelegt von
Ulrich Karl Leistner
aus Altensteig

Gießen 1971

1972

Strafrechtliche Aspekte im Kartellrecht

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und
Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Justus Liebig-Universität in Gießen

vorgelegt von
Ulrich Karl Leistner
aus Altensteig

Gießen 1971



Erstgutachter: Professor Dr. Tiedemann
Zweitgutachter: Professor Dr. Raiser
Tag der mündlichen Prüfung: 11. Februar 1972

Inhaltsverzeichnis:Seite

§ 1 Die Bedeutung des Kartellrechts	1
I. Die Zielsetzungen des GWB	1
II. Wandlungen tragender Grundvorstellungen im GWB	3
§ 2 Der Einsatz von Strafrecht im Wettbewerbs- recht	6
I. Die kartellrechtlichen Sanktionen	6
II. Die Beschränkung auf Ordnungswidrig- keiten	7
III. Die Lehre von der Wesensverschiedenheit von Straftat und Ordnungswidrigkeit	9
IV. Die Rezeption dieser Lehre in der kartell- rechtlichen Literatur	11
V. Das Schutzgut des Kartellrechts	12
VI. Neuere Auffassung vom Verhältnis Straf- tat/Ordnungswidrigkeit und ihre Bedeu- tung für das Kartellrecht	16

§ 3	Einzelne Folgen des legislatorischen Einsatzes von Ordnungswidrigkeiten für das Kartellrecht	22
	I. Die Zuständigkeitskonzentration bei den Kartellbehörden	23
	II. Der Opportunitätsgrundsatz bei der Verfolgung der Kartellordnungswidrigkeiten	25
§ 4	Systemansätze für den Besonderen Teil des Kartellstrafrechts	29
	I. Die Konzeption der Bußgeldtatbestände und die strafrechtliche Problemstellung	29
	II. Systematisierungsversuche in der kartellrechtlichen Literatur	33
§ 5	Die Gruppe der eigenständigen, nicht an vorausgegangene Verwaltungsakte gebundenen Tatbestände	38
	I. Der Tatbestand des § 38 I Nr. 1 als Hauptfall dieser Gruppe	38
	II. Die Tatbestandsmerkmale des § 38 I Nr. 1	39
	i. Verb. m. § 1	
	1.) Verträge von Unternehmen	40
	2.) Das Merkmal "unwirksam nach §§ 1,.."	45
	3.) Das Merkmal des "Sichhinwegsetzens"	48
	4.) Das Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung	52

	<u>Seite</u>
5.) Das Merkmal der Eignung zur Beeinflussung der Marktverhältnisse	57
6.) Gegenstands- und Folgentheorie	58
 § 6 Strafrechtliche Gesichtspunkte bei § 38 I Nr. 1	 62
I. Die Art der Tatbestandsmerkmale	62
II. Bestimmtheitsgrundsatz und § 38 I Nr. 1	66
1.) Die kartellrechtliche Literatur zur Bestimmtheit des Bußgeldtatbestandes § 38 I Nr. 1 i.V.m. § 1	67
2.) Der Bestimmtheitsgrundsatz im Nebenstrafrecht in der neueren Strafrechtsdogmatik	72
3.) Die Berücksichtigung der neueren strafrechtlichen Lehren zum Bestimmtheitsgebot in der kartellrechtlichen Literatur und Praxis	74
4.) Die Auswirkungen der Unbestimmtheit in der Praxis	77
5.) Abhilfe nach geltendem Recht	79
6.) Abhilfe durch Gesetzesänderung	82
 § 7 Das Empfehlungsverbot des § 38 II 2	 86
I. Die Tatbestandsmerkmale des § 38 II 2	86
1.) Die Empfehlung	86
2.) Der Erfolg der Empfehlung	88

II. Die Bedenken gegen den Empfehlungstatbestand des § 38 II 2	91
III. Folgerungen	93
§ 8 Die Gruppe der Zuwiderhandlungen gegen Verfügungen, Verbote und Auflagen der Kartellbehörden	95
I. Das Wesen dieser Gruppe	95
II. Die Tatbestände des § 38 I Nr. 2	95
III. Die Fälle des § 38 I Nr. 4	96
1.) Die Zuwiderhandlung gegen eine auf § 38 III 5 gestützte Verfügung	96
2.) Die Zuwiderhandlung gegen eine auf § 12 II Nr. 1 gestützte Verfügung	97
3.) Die Zuwiderhandlung gegen eine auf § 17 I gestützte Verfügung	98
4.) Die Zuwiderhandlung gegen eine auf § 18 gestützte Verfügung	99
5.) Die Zuwiderhandlung gegen eine auf § 22 IV gestützte Verfügung	100
6.) Kritik am Tatbestand des § 38 I Nr. 4	103
IV. Die Zuwiderhandlungen gegen Auflagen, § 38 I Nr. 6	103
1.) Ausdrückliche Ermächtigungen	103
2.) Auflagen nach § 12 II Nr. 2	104
3.) Auflagen bei den Widerspruchskartellen	105
4.) Auflagen bei Wettbewerbsregeln	106

	<u>Seite</u>
V. Die Zuwiderhandlungen gegen einstweilige Anordnungen, § 38 I Nr. 5	107
1.) Die gesetzlichen Ermächtigungen zu einstweiligen Anordnungen	107
2.) Beseitigung des Suspensiveffektes durch einstweilige Anordnung	107
§ 9 Strafrechtliche Besonderheiten der Zuwiderhandlungstatbestände	111
I. Die gesetzestechnische Fassung der Zuwiderhandlungstatbestände	111
II. Die strafrechtliche Charakterisierung dieser Tatbestände	113
III. Gesetzliche Bestimmtheit dieser Tatbestände	117
1.) Die Vielfalt der den Bußgeldtatbeständen zugrundeliegenden Verwaltungsakte	117
2.) Die kartellrechtliche Literatur zur Bestimmtheit der Zuwiderhandlungstatbestände	118
3.) Gesetzliche Bestimmtheit bei Blankettgesetzen	120
4.) Neuere Auffassungen zum Gesetzesbegriff in Art. 103 II GG	121
5.) Kriterien zur Prüfung von Blankettgesetzen an Art. 103 II GG	122
6.) Folgerungen für die Zuwiderhandlungstatbestände	127
IV. Die Bindung des Bußgeldverfahrens an die Verwaltungsakte	129

§ 10	Die Gruppe der spezifischen originären Tatbestände	132
	I. Die einzelnen Tatbestände	132
	II. Die strafrechtliche Problematik dieser Gruppe	135
§ 11	Die Praxis der Kartellbehörden in Bußgeldsachen	138
	I. Die Bußgeldpraxis in den ersten Jahren der Geltung des GWB	138
	II. Die Bußgeldpraxis der Kartellbehörden in Zahlen	140
	1.) Die Jahresberichte des Bundeskartellamts als Quelle	140
	2.) Die generalklauselartigen originären Tatbestände	141
	3.) Die spezifischen originären Tatbestände	143
	4.) Auskunft- und Anmeldepflichtverletzungen	143
	5.) Die Zuwiderhandlungen gegen Verfügungen	143
	6.) Gesamtzahlen	144
	III. Folgerungen aus dem statistischen Material über die Bußgeldpraxis	145
	1.) Der Bereich des Mißbrauchsprinzips mit den Zuwiderhandlungstatbeständen	145
	2.) Der Bereich des Verbotsprinzips mit den originären Tatbeständen der §§ 38 I Nr. 1 und 38 II	147

VII

	<u>Seite</u>
3.) Der Bereich der speziellen originären Tatbestände	148
4.) Schlußfolgerungen	148
 Literaturverzeichnis	 150

§ 1 Die Bedeutung des Kartell- rechts

I. Die Zielsetzungen des GWB

Das GWB hat eine von vielen Schwierigkeiten und Meinungsverschiedenheiten gekennzeichnete Entstehungsgeschichte¹. Die Vereinigung von verschiedensten Ansätzen und Grundauffassungen volkswirtschaftlicher Natur (Wettbewerbswirtschaft als allein denkbare oder eines mehrerer möglicher Ordnungsprinzipien der Wirtschaft) und juristischer Natur (Verbots- oder Mißbrauchsprinzip)² in dem schließlich beschlossenen Gesetz ergab eine Regelung mit weitgehendem Kompromißcharakter³. Verschiedentlich wurde das GWB als Grundgesetz der sozialen Marktwirtschaft und als wirtschaftliches Korrelat zur politischen Demokratie bezeichnet⁴. An dieser Auffassung wurde berechtigte Kritik geäußert, die sich vor allem darauf stützt, daß neben der Wettbewerbspolitik weitere Bereiche der staatlichen Wirtschaftspolitik (Konjunktur-, Struktur- und Außenwirtschaftspolitik) vorhanden sind, für die das GWB keineswegs eine verfassungsähnlich übergeordnete Kontrollfunktion besitzt⁵. Jedoch herrscht über die grundsätzliche Bedeutung des Gesetzes als eines der wichtigsten wirtschaftsrechtlichen Gesetze Einigkeit⁶.

1) Vgl. dazu Frankfurter Kommentar, Einleitung B; LANGEN, Einführung vor § 1

2) LANGEN, Einführung (Ideengeschichte) Rdn. 10 ff.; Frankfurter Kommentar, Einleitung B Rdn. 51 ff. (55 ff.); MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar Einführung II

3) Vgl. dazu die eingehenden Nachweise bei REINHART, S. 18 f. (Anm. 46, 47)

4) Bundeswirtschaftsminister ERHARD, vgl. Schriftl. Bericht des WiPol Ausschusses, zu BT-Drucksache II/3644, Abschnitt B II; GRIESBACH in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 42; MÖHRING, GRUR 1968, 541

5) GRIESBACH aaO (Anm. 4)

6) Vgl. nur MÖHRING, GRUR 1968, 541; GÜNTHER in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 11 ff.; KARTE, S. 9 ff.; GRIESBACH aaO (Anm. 4)

Das GWB stellt eine parlamentarische Grundentscheidung dar: gegen die Plan- oder zentrale Verwaltungswirtschaft und für die durch den Wettbewerb gesteuerte "soziale Marktwirtschaft"⁷, wobei der Wettbewerb als fundamentales Ordnungsprinzip dieser Wirtschaft angesehen wird⁸. Die Regierungsbegründung bringt das wie folgt zum Ausdruck⁹:

"Das Gesetz geht von der durch die wirtschaftswissenschaftliche Forschung erhärteten wirtschaftspolitischen Erfahrung aus, daß die Wettbewerbswirtschaft die ökonomischste und zugleich demokratischste Form der Wirtschaftsordnung ist und daß der Staat nur insoweit in den Marktablauf lenkend eingreifen soll, wie dies zur Aufrechterhaltung des Marktmechanismus oder zur Überwachung derjenigen Märkte erforderlich ist, auf denen die Marktform des vollständigen Wettbewerbs nicht erreichbar ist".

Damit hat sich der Gesetzgeber für eine Wirtschaftsordnung entschieden, bei der sich das wirtschaftliche Geschehen innerhalb eines vom Staat gesetzten Ordnungsrahmens (dessen wesentlicher Teil das GWB ist) nach den Plänen und Entschlüssen freier **Unternehmer** vollzieht, wobei dem Staat neben der einmaligen Setzung des Ordnungsrahmens noch eine weitere aktive Aufgabe zufällt, nämlich die Sicherung der Erhaltung des Ordnungsrahmens und die Beseitigung von Störungen¹⁰. Damit erweist sich der Wirtschaftsablauf nach dem Wettbewerbsprinzip des GWB als eine vom Staat und seiner Rechtsordnung instituierte Erscheinung¹¹, als staatliche Veranstaltung¹². Dabei ist aber - gerade im Hinblick auf die letztere Formulierung - zu bedenken, daß es sich hier keineswegs um ständig neue Gestaltung

7) MÜLLER-HENNEBERG in : Gemeinschaftskommentar Einführung IV S. 63; KNÖPFLE, WuW 1962, 167; MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 1 Rdn. 53 ff.; vgl. dazu allgemein GUTMANN-HOCHSTRATE-SCHLÜTER S. 56 ff., 83 ff.

8) MÖHLING, GRUR 1968, 541; GRIESBACH aaO (Anm. 4) und die in Anm. 7 Genannten.

9) Teil A, abgedruckt in Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl. S. 1057 ff. (1057)

10) GRIESBACH aaO (Anm. 4) S. 41 f.

11) TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 67

12) GRIESBACH aaO (Anm. 4) S. 42

durch Eingriffe staatlicher Behörden handelt, sondern daß die Ordnung durch das Gesetz für die Dauer gestaltet ist, so daß die behördlichen Maßnahmen (auch soweit sie straf- bzw. ordnungswidrigkeitsrechtlichen Charakter haben) primär auf die Verwirklichung und Erhaltung der einmal errichteten Ordnung abzielen haben¹³. Wie diese gesetzliche Ordnung im einzelnen aufgebaut ist und welche Gesetzestchnik der Gesetzgeber dabei angewandt hat, ist eine Frage des materiellen Kartellrechts und muß hier im wesentlichen vorausgesetzt werden - sie wird jedoch immer dann, wenn es strafrechtliche Aspekte verlangen, in die Erörterungen einbezogen werden.

II. Wandlungen tragender Grundvorstellungen im GWB

Zu beachten bleibt, daß diese einmal gesetzte Ordnung durchaus Wandlungen unterworfen sein kann, die auch auf die Verwirklichung des Gesetzes durch die Bußgeldbestimmungen nicht ohne Einfluß bleiben. Dies gilt vor allem für die Änderungen in den wettbewerbsspolitischen Leitvorstellungen:

Das Zustandekommen des GWB wurde durch die sog. Freiburger Schule und ihre Vorstellungen wesentlich beeinflusst¹⁴. Die Forderung nach dem vollkommenen Wettbewerb als der einzig möglichen Grundlage der freien Marktwirtschaft hat in der Amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf ihren Niederschlag gefunden:

"Es darf als sichere wissenschaftliche Erkenntnis angesehen werden, daß die Marktverfassung des freien Wettbewerbs das Vorhandensein der Marktform des vollkommenen Wettbewerbs als wirtschaftliche Gegebenheit zur Voraussetzung hat, d.h. die Zahl der Marktteilnehmer auf beiden Marktseiten muß so groß sein, daß der Marktpreis für den Unternehmer eine von seinem Verhalten im wesentlichen unabhängige Größe ist. Soweit

13) Vgl. TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 158 f.; speziell für das Kartellrecht KÖHLER, VerwArch 1963, 274 ff. (275)

14) Vgl. nur MÜLLER-HENNEBERG, Gemeinschaftskommentar Einf. IV S. 63, Einf. II S. 51; GÜNTHER in: Zehn Jahre Bundeskartellamt S. 11 f.; KARTTE, S. 22, 38 ff.

diese Voraussetzung zutrifft, bzw. herstellbar ist, muß der Gesetzgeber dafür Sorge tragen, daß der vollständige Wettbewerb nicht durch beschränkende Maßnahmen beeinträchtigt wird"¹⁵.

Das Schrifttum ist sich darüber einig, daß sich das GWB damit zum Leitbild des vollkommenen Wettbewerbs bekannt hat¹⁶. Daß dieses Leitbild jedoch nicht rein durchgeführt werden konnte, liegt auf der Hand. So sind denn auch schon im GWB selbst zahlreiche Ausnahmen vorgesehen, nämlich erlaubte Wettbewerbsbeschränkungen und die grundsätzliche Zulassung der marktbeherrschenden Unternehmen, die sich aus dem Modell des vollständigen Wettbewerbs nicht erklären lassen¹⁷. Vor allem unter dem Einfluß amerikanischer Wettbewerbstheoretiker hat man sich auch in Deutschland von der mehr statischen Auffassung des Wettbewerbs als atomistische Konkurrenz gelöst¹⁸. Man hat erkannt, daß der reine Wettbewerb, bei dem der Preis wesentlichster Marktfaktor ist, den Realitäten der modernen Wirtschaft nicht entspricht, daß vielmehr im Wettbewerb ein dynamischer Marktprozeß zu sehen sei, bei dem der technische Fortschritt und das rasche Wachstum der Wirtschaft häufig gerade dadurch gefördert werden, daß einzelne aktive, leistungsfähige Unternehmen Vorstöße führen, die auf Monopol- oder Oligopolgewinne abzielen, so daß sich zeitweise Monopolsituationen bilden, die aber dauernd unter dem Druck der nachfolgenden Konkurrenz stehen und dementsprechend auch leicht wieder abgelöst werden können. Dieser Aspekt des Wettbewerbs, nämlich die Förderung des technischen Fortschritts und des Wirtschaftswachstums, setzen Unvollkommenheiten des Marktes voraus, die nicht nur in der Realität unvermeidlich, sondern auch nötig sind, wenn der Wettbewerb seine Leistungen möglichst wirksam erbringen soll. Neben dem Preiswettbewerb (Hauptfaktor beim vollkommenen Wettbewerb) sind auch die der

15) Regierungsbegründung Teil A V, vgl. Anm. 9

16) MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar Einf. IV S. 63 mit weit. Nachw.

17) STEINDORFF S. 14 f.; ebenso MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar Einf. IV S. 66 f.

18) KARTTE, S. 38 ff.; SÄCKER, S. 11 ff.

unvollkommenen Konkurrenz eigentümlichen Wettbewerbsformen geeignet, den Fortschritt und die Erhöhung des Lebensstandards zu fördern, nämlich der Qualitätswettbewerb, die Verbesserung vorhandener oder die Durchsetzung neuer Produkte, Werbung, Kundendienst usw. Diese Erkenntnisse sind das Ergebnis breiter wissenschaftlicher Forschung und haben über die Arbeitsgruppe Wettbewerbspolitik im Bundeswirtschaftsministerium Eingang in die amtliche Wettbewerbspolitik gefunden¹⁹. Damit ist die Auffassung vom "funktionsfähigen Wettbewerb" (workable competition) durchgedrungen, der Unvollkommenheiten (gleich gewisse, bisher unter das Verbot fallende Wettbewerbsbeschränkungen) im Interesse der optimalen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Leistungen des Wettbewerbs in Kauf nimmt²⁰.

Im Zuge dieser Entwicklung sind jedoch auch Schwierigkeiten und Zielkonflikte innerhalb der Wettbewerbstheorie und -politik zutagegetreten, die den Gesetzgeber von 1957 noch nicht gequält hatten, da er - ausgehend von den Bedingungen des vollkommenen Wettbewerbs - der Ansicht war, die Freiheit des Wettbewerbs führe zwangsläufig auch zu den besten ökonomischen Ergebnissen^{20a}. Da sich jedoch diese Auffassung weitgehend als irrig erwiesen hat, erhebt sich heute (vor allem im Zuge der geplanten Reformierung des Kartellgesetzes) die Frage, ob und wie die beiden Hauptzielrichtungen des GWB sich vereinbaren und verwirklichen lassen: Auf der einen Seite steht das gesellschaftspolitische Ziel der Sicherung dezentralisierter wirtschaftlicher Entscheidungsprozesse und damit der Sicherung der Individualfreiheit durch rechtliche Bindung privater Macht; auf der anderen Seite das wirtschaftspolitische Ziel der Optimierung des Wohlstandes, das sich in die Steuerungs- und Ordnungsfunktion, die Antriebsfunktion und die Verteilungsfunktion des Wettbewerbs gliedern läßt^{20b}.

19) Vgl. zum Ganzen SÄCKER, S. 11 ff.; KARTTE, S. 38 ff.; sowie Diskussionsergebnisse der Arbeitsgruppe Wettbewerbspolitik, abgedr. bei KARTTE, S. 93 ff.

20) Arbeitsgruppe aaO (Anm. 19) S. 93, 96; GÜNTHER, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt S. 9 f.

20a) SÄCKER, S. 18

20b) SÄCKER, S. 14 ff.

Die neuere Literatur^{20c} sieht vor allem die Gefahr einer Überbetonung des Prinzips der Wohlstandsmaximierung, die zwangsläufig nach den Lehren vom funktionsfähigen Wettbewerb zur Zulassung zahlreicher neuer Wettbewerbsbeschränkungen führen müßte. SÄCKERS^{20d} Analyse der bisher erstellten Konzepte vom "funktionsfähigen Wettbewerb" zeigt, daß die Kooperation keineswegs generell leistungssteigernd wirkt. Da es bis heute keine zuverlässige wettbewerbstheoretische Konzeption gibt, die sichere Rückschlüsse von den wünschenswerten Marktergebnissen auf die durch staatliche Wettbewerbspolitik beeinflussbare Marktstruktur erlaubt, ist es nicht vertretbar, die Wohlstandsmaximierung zum obersten Ziel des künftigen Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zu machen^{20e}. Diese Andeutungen mögen genügen, um aufzuzeigen, mit welcher schwieriger, bewegter Materie das Kartell"strafrecht" zu tun hat.

20c) SÄCKER, S. 20 ff., 26 ff. mit zahlr. Nachw.

20d) S. 32 ff., 47 ff.

20e) SÄCKER, S. 48 f.

§ 2 Der Einsatz von Strafrecht im Wettbewerbsrecht

I. Die kartellrechtlichen Sanktionen

Im Gesamtsystem des GWB nehmen die Ordnungswidrigkeiten einen wichtigen Platz ein. Soweit es sich um das generelle Kartellverbot handelt, stehen zwar auch zivilrechtliche Sanktionen zur Verfügung; jedoch ist deren Wirksamwerden davon abhängig, daß sich ein Mitbewerber oder sonst Betroffener findet, der als Kläger nach § 35 vorgeht. Zudem ist der Anwendungsbereich dieser zivilrechtlichen Sanktion durch die Voraussetzung, daß es sich bei der verletzten Vorschrift um eine Schutzvorschrift handelt, die in erster Linie Individualinteressen schützen soll, erheblich eingeschränkt¹. Für die staatlichen Kartellbehörden bietet zur Überwachung und Durchsetzung des Kartellverbots der Bußgeldtatbestand des § 38 I Nr. 1 in Verbindung mit den entsprechenden Unwirksamkeitstatbeständen des materiellen Kartellrechts die einzige Handhabe^{1a}. Entsprechendes gilt für den Tatbestand des § 38 II 2 (Empfehlungsverbot), mit dem bestimmte Arten von Umgehungen verhindert werden sollen. Für den weiten Bereich der Mißbrauchsaufsicht über die (als Ausnahmen vom Kartellverbot) erlaubten Kartelle, über die erlaubten vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen (Preisbindungen), über marktbeherrschende Unternehmen und über Bereichsausnahmen (§§ 98 ff) sind neben den zivilrechtlichen Sanktionen, deren Wirksamkeit auch hier von der Rechtsdurchsetzung eines Betroffenen abhängt, zahlreiche verschiedene Verwaltungsmaßnahmen der Kartellbehörden in Form von Verfügungen, Auflagen, einstweiligen Anordnungen usw. vorgesehen, die nahezu alle durch Bußgeldtatbestände bewehrt sind. Schon im Gesetzgebungsverfahren wurde die Bedeutung der Bußgeldtatbestände für die Durchsetzung des materiellen Kartellrechts

1) H.M. vgl. nur RASCH-WESTRICK § 35 Rdn. 2 ff.; MÜLLER-GRIES-GEISSLER § 35 Rdn. 6 ff.

1a) Die Novelle 1969 wird durch Einführung eines "objektiven Verfahrens" hier eine Änderung bringen; vgl. auch unten § 6 II 6

immer wieder betont².

II. Die Beschränkung auf Ordnungswidrigkeiten

Allerdings hat sich der Gesetzgeber entschieden, nicht Strafrecht im engeren Sinn mit der Sanktion der Strafe und dem darin enthaltenen sozialem Unwerturteil³ zur Bewehrung des materiellen Kartellrechts einzusetzen, sondern hat es für ausreichend erachtet, Bußgeldtatbestände, also Ordnungswidrigkeiten, zu verwenden (mit der einzigen Ausnahme des Geheimnisverrats nach § 47, der in ähnlicher Form in zahlreichen nebenstrafrechtlichen Gesetzen vorkommt; er weist keine kartellstrafrechtlichen Besonderheiten auf⁴ und soll deshalb hier nicht weiter behandelt werden).

Der Gesetzgeber hat diese Entscheidung damit begründet, daß in der Öffentlichkeit sowie in den beteiligten Wirtschaftskreisen ein lebendiges Gefühl dafür fehle, daß wettbewerbsbeschränkende Verträge und Geschäftspraktiken unerlaubt und ethisch verwerflich seien. Wörtlich heißt es in der Begründung zum Regierungsentwurf⁵:

"Es fehlte also eine in die Breite dringende Aufklärung über die Grundlagen einer von den Grundsätzen des freien Wettbewerbs beherrschten Wirtschaftsordnung... Unter diesen Umständen erscheint es nicht angemessen, die diesem Gesetz zugrunde liegende geänderte wirtschaftspolitische Auffassung schon jetzt durch Strafbestimmungen zu sanktionieren, deren Übertretung einen kriminellen Verstoß darstellen würde. Man wird, ohne damit die wirtschaftspolitische und rechtliche Grundauffassung des Gesetzes zu verlassen, davon auszugehen haben, daß weite Kreise der Betroffenen eine Zuwiderhandlung gegen das Gesetz nur als kaufmännisch unlauteres Verhalten und als Verstoß

-
- 2) Vgl. Regierungsentwurf BT-Drucksache II/Nr. 1158, S. 27; Schriftl. Bericht des WiPol Ausschusses zu BT-Drucksache II/3644, S. 6, 7, 19
 - 3) Vgl. JESCHECK, Lehrbuch S. 40; BAUMANN, AT S. 7 ff., 31 ff.; REINHART S. 14 f.; TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 129 f. m. weit. Nachw.
 - 4) Vgl. die Zusammenstellung bei TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 384 Anm. 159
 - 5) BT-Drucksache II/1158, S. 28

gegen gewisse Ordnungsprinzipien in der Wettbewerbswirtschaft auffassen werden. Spätere Zeiten, denen der Gedanke des freien Wettbewerbs lebendiger und werterfüllter erscheinen wird, als das heute schon der Fall ist, mögen davon abgehen und die Ordnungswidrigkeiten zu echten Straftaten verschärfen".

Diese Begründung beruht auf der Auffassung von der wesensmäßigen Verschiedenheit von Ordnungswidrigkeit und krimineller Straftat - hier reiner Ungehorsam, Mangel an Aufmerksamkeit oder Lässigkeit gegenüber Verwaltungsbefehlen, dort "Auflehnung der sittlichen Persönlichkeit gegen sozial-ethische Grundanforderungen"⁶ - und scheint damit einleuchtend zu erklären, warum im Kartellrecht Ordnungswidrigkeitstatbestände geschaffen wurden. Jedoch liegt angesichts der Entstehungsgeschichte des GWB, insbesondere der heftigen Widerstände der Industrie gegen das geplante Gesetz⁷, der Gedanke nahe, daß keineswegs nur rechtsdogmatische Gesichtspunkte bei dieser Frage eine Rolle gespielt haben, sondern daß gesetzgebungstaktische Überlegungen weitgehend ausschlaggebend waren, nämlich zunächst der Gedanke der Vermeidung von weiteren Widerständen gegen die diffamierende Kriminalstrafe, daneben der Wunsch, mittels Bußgeldtatbeständen den Kartellbehörden mehr Einfluß auf das Verfahren zu geben, als sie bei Straftatbeständen im Verhältnis zur Strafjustiz gehabt hätten⁸. Ferner wird der Verdacht geäußert, der Gesetzgeber habe sich mit der Beschränkung auf Ordnungswidrigkeiten den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots in Art. 103 II GG entziehen wollen, weil er der Ansicht war, eine gewisse Unbestimmtheit der kartellrechtlichen Tatbestände ließe sich dann verantworten, wenn man die im Vergleich zur Strafe minderen Sanktionen der Geldbuße einsetze, die wegen ihrer Wesensverschiedenheit nicht der strengen Garantie des Art. 103 II GG

6) Vgl. dazu vorläufig nur REINHART S. 11 f., 14 ff. mit zahlr. Nachw. in Anm. 18 - 29

7) Vgl. dazu Frankfurter Kommentar Einl. B Rdn. 51 ff. (54 f.)

8) STRICKRODT, WuW 1960, 825 Anm. 3

unterworfen sei⁹. Dies alles macht es notwendig, unter dem Blickwinkel des Kartellrechts auf das Wesen der Ordnungswidrigkeiten einzugehen.

III. Die Lehre von der Wesensverschiedenheit von Straftat und Ordnungswidrigkeit

Der Streit um die Einordnung der Ordnungswidrigkeiten in ihrem Verhältnis zum Strafrecht des StGB hat eine lange Geschichte und ist bis heute nicht zur Ruhe gekommen¹⁰. Die Lehre von der sogenannten qualitativen Abgrenzung von Ordnungswidrigkeit und Straftat, die in neuere Zeit auf Goldschmidts Lehre vom Verwaltungsstrafrecht zurückgeht, wird heute noch als herrschende Meinung bezeichnet¹¹. Diese Auffassung hat im wesentlichen zwei Komponenten. Eb. SCHMIDT stellt als Unterscheidungsmerkmal heraus, daß den Straftaten ein materieller Unrechtsgehalt zukomme, der sich nach dem greif- und messbaren Schaden bestimme, der einem Rechtsgut zugefügt werde, also eine Rechtsgutverletzung vorliege, während sich die Ordnungswidrigkeiten im positiven oder negativen Ungehorsam den Verwaltungsbehörden gegenüber erschöpfen; der durch sie eingetretene "Schaden" beeinträchtige nur Interessen der Verwaltung¹². Mit demselben Kriterium arbeitet MAURACH, wenn er betont, Verwaltungs- und Kriminalunrecht unterschieden sich schon in Richtung und Intensität des Rechtsgutsangriffs; ein deutlich profilierbares Rechtsgut erscheine als Angriffsobjekt nur bei den Kriminalstraftaten, während bei den Ordnungswidrigkeiten die Beziehbarkeit auf derartige Güter allenfalls in der Form ihrer generellen Ge-

9) RAISCH, ZfdgHR 1966, 167 f.; dazu neuerdings auch SCHMITT, Ordnungswidrigkeiten S. 124

10) Vgl. die eingehende Darstellung bei MICHELS, S. 6 ff.; BOLENIUS S. 3 ff.; TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 97 ff.

11) MAURACH, AT S. 13 f.

12) Wirtschaftsstrafrecht S. 26 ff.; SJZ 1948, 227 ff.

fährdung möglich sei¹³. Außerdem wird - z.T. zusätzlich zur Unterscheidung nach der Rechtsgutverletzung - darauf abgestellt, daß den Kriminalstraftaten ein sozialetisches Unwerturteil zugrundeliege, das bei den Ordnungswidrigkeiten fehle¹⁴. Bei den Straftaten liege die Wertwidrigkeit eines Verhaltens nicht in einem Verstoß gegen einen positiven Rechtssatz, sondern ergebe sich aus der dem Recht zugrundeliegenden sozialen Wertordnung. Auch ohne bzw. unabhängig von der gesetzlichen Strafdrohung werde ein Verhalten als sozial wertwidrig empfunden. Es handele sich um vorgefundenes Unrecht, bei dem das Gesetz lediglich an die in der Gesellschaft herrschenden sozialetischen Wertvorstellungen anknüpfe und sie ins Rechtliche transformiere¹⁵. Demgegenüber verwirkliche der Gesetzgeber im gesamten Bereich der Ordnungswidrigkeiten lediglich seine "Ordnungs-" und "Verwaltungsinteressen" mit Regelungen, die keine vorgefundene sozialetischen Wertwidrigkeiten betreffen, sondern ohne Wertentscheidungen auf reine Zweckmäßigkeitserwägungen des Gesetzgebers zurückgehen: "Dort (sc. bei den Kriminalstraftaten) die Verletzung bereits in der lebendigen Sittenordnung wirkender Werte, hier der Verstoß gegen positiv geschaffene Ordnungsgebote oder Verbote im an sich wertneutralen Bereich, dort primär materielle Rechtswidrigkeit, hier primär reine Widrigkeit gegen das Recht in seiner bloßen Ordnungsfunktion"¹⁶.

13) AT S. 13 f.; weit. Nachw. zu dieser Auffassung bei BOLENIUS S. 10 Anm. 54; MICHELS S. 11 f. mit weit. Nachw. in Anm. 17

14) MICHELS S. 43 ff.; BGHSt 11, 263 ff. (264); ARTH. KAUFMANN, Unrechtsbewußtsein S. 187; BOLENIUS S. 40 ff.; vgl. auch BAUMANN, AT S. 33 (der aber die Unterscheidung nach der Rechtsgutverletzung verwirft). Weit. Nachw. für diese Ansicht bei BOLENIUS S. 11 Anm. 55

15) MICHELS S. 45 f., nachdrücklich LANGE m. zahlr. Schriften, zuletzt JZ 1971, 38

16) MICHELS S. 50 ff. (53)

IV. Die Rezeption dieser Lehre in der kartellrechtlichen Literatur

Diese Auffassung vom wesensmäßigen Unterschied der Ordnungswidrigkeit zur Straftat hat auch in die kartellrechtliche Literatur Eingang gefunden. Die Kommentare beschränken sich zumeist auf eine zustimmende Wiedergabe der früher zitierten Regierungsbegründung oder auf den Verweis auf Spezialliteratur zum Ordnungswidrigkeitenrecht, die der Auffassung vom qualitativen Unterschied folgt¹⁷.

Noch deutlicher wird dies in der Einzelliteratur. BOLENIUS¹⁸ geht bei der Erörterung der Frage, ob im GWB der Einsatz von Ordnungswidrigkeiten (im Verhältnis zu Straftaten im UWG) angemessen sei, ausdrücklich von der wesensmäßigen Verschiedenheit infolge Fehlens der sozialetischen Mißbilligung aus. Er charakterisiert zunächst die Tatbestände, in denen Zuwiderhandlungen gegen Verfügungen geahndet werden, als "den gewohnten Vorstellungen der Verwaltungsstrafrechtstheorie mit ihrer Kennzeichnung als Verwaltungsunrecht bzw. als Ungehorsam gegenüber bestimmten Anordnungen der Behörde" entsprechend¹⁹, stellt aber auch die anderen, ohne vorgeschaltetes Behördeneingreifen wirkenden Tatbestände damit in eine Reihe - mit der Begründung, ihnen fehle die ethische Verwerflichkeit, weil sie einerseits sich nur technisch von den Zuwiderhandlungen gegen Verfügungen unterscheiden und andererseits "nicht die strenge Begrifflichkeit der Straftatbestände des StGB mit ihrer geringen Schwankungsbreite zwischen erlaubtem und verbotenem Verhalten (besitzen), die für die Androhung von Kriminalstrafen unerläßlich ist, wenn der staatliche Strafanspruch nicht unglaublich werden soll"²⁰. Weiterhin

17) MÜLLER-GRIESLER § 38 Rdn. 1; LANGEN, Vorbem. zu §§ 38 ff. Rdn. 1; RASCH-WESTRICK § 38 Rdn. 1; entschiedener nur Frankfurter Kommentar Vorbem. zu §§ 38 ff. Rdn. 3

18) S. 78 ff.

19) S. 81

20) S. 83. Daß diese letztere Begründung fragwürdig ist, sei nur am Rande vermerkt. Das Bestimmtheitsgebot gilt auch für Ordnungswidrigkeiten und kann deshalb nicht zur Begründung der fehlenden sozialetischen Verwerflichkeit dienen.

verwendet sich mit auffälligem Nachdruck in ständigen Wiederholungen REINHART für die Zugrundelegung der wesensmäßigen Verschiedenheit im Kartellrecht, wobei er noch zusätzlich betont, daß die Entscheidung des Gesetzgebers für die ethisch indifferenten Ordnungswidrigkeiten bei der Auslegung des GWB besondere Beachtung verdiene²¹.

Es erscheint jedoch der Prüfung wert, ob nicht gerade das Kartellrecht - im Licht der inzwischen fortgeschrittenen Durchforschung des Nebenstrafrechts - zu einer anderen Beurteilung des Verhältnisses Straftaten - Ordnungswidrigkeiten nötigt. Um diese Frage zu beantworten, muß zunächst untersucht werden, was Schutzgut des Kartellrechts ist.

V. Das Schutzgut des Kartellrechts

Schon aus dem Gesetzgebungsverfahren ergibt sich, daß das GWB eine doppelte Funktion ausüben sollte: Einmal soll es durch Förderung des Wettbewerbs der optimalen Bedarfsdeckung, der Förderung der Wirtschaft, des technischen Fortschritts, der Erhöhung des Lebensstandards dienen; gleichzeitig soll es als Gegenstück der parlamentarischen Demokratie allen Teilnehmern am Wirtschaftsverkehr den größtmöglichen Freiheitsbereich für die Anwendung ihrer Kenntnisse und Fähigkeiten verschaffen²². Obwohl hier auf den ersten Blick ein Nebeneinander beider Komponenten vorzuliegen scheint, hat sich an der Frage, was eigentlich Schutzgegenstand des GWB sei, ein heftiger Streit neu entzündet, der der Sache nach schon vor Inkrafttreten des GWB bestanden hatte²³. Auf der einen Seite steht die Auffassung, das GWB sei schon in seinem Ausgangspunkt nicht nur ein wirtschaftspolitisches, sondern ein gesellschaftspolitisches Gesetz und diene der Verwirklichung

21) S. 14 ff., 21

22) Vgl. Regierungsbegründung Teil A, BT-Drucksache II/Nr. 1158 und Schriftl. Bericht des WiPol Ausschusses, zu BT-Drucksache II/Nr. 3644, Teil I; GÜNTHER in: Zehn Jahre Bundeskartellamt S. 11; ders., WuW 1964, 111 ff.; vgl. auch KARTTE S. 38 ff.

23) Vgl. zu den älteren Ansichten BOLENIUS S. 61 f., eine Übersicht über den Streitstand findet sich bei NEDELMANN S. 29 ff.

der Menschenwürde im wirtschaftlichen Bereich²⁴. Daraus wird die Folgerung gezogen, der Schutzgegenstand sei die (vom Verfassungsrecht garantierte) Freiheit des einzelnen, sich im wirtschaftlichen Bereich frei zu betätigen und zu entscheiden²⁵. Diesem vorrangigen Gesetzeszweck diene die Statuierung der Wettbewerbsordnung, während die wirtschaftlichen Effekte des Wettbewerbs, nämlich Leistungssteigerung und Wohlfahrtsförderung zwar wirtschaftspolitisch sehr erwünscht sind, nicht aber den Grund für den Schutz des freien Wettbewerbs darstellen²⁶. Die andere Auffassung sieht als Schutzgegenstand des GWB in erster Linie den Wettbewerb als Institution in seiner wirtschaftspolitischen Bedeutung als Ordnungsfaktor der Wirtschaft und wichtigstes Steuerungsmittel²⁷. Keine der beiden Ansichten kann für sich alleinige Richtigkeit in Anspruch nehmen. Die starke Betonung der individuellen Freiheit muß auf dem historischen Hintergrund der Entstehungszeit des GWB gesehen werden. Damals bestand noch der frische Eindruck der übermäßigen staatlichen Beschränkung der Individualfreiheit gerade auf wirtschaftlichem Gebiet durch die Zentralverwaltungswirtschaft des Dritten Reiches. Es ist deshalb verständlich, wenn der Gesetzgeber die der Individualfreiheit förderlichen Aspekte des GWB herausstellt und die Literatur ihm darin folgt. Nicht ganz zu Unrecht wird jedoch davor gewarnt, ein wirtschaftsrechtliches Gesetz über seinen ökonomischen Nutzen hinaus durch die Überbetonung freiheitlich - allgemeinpolitischer Aspekte in den Rang "höchster metaökonomischer Werte" zu erheben²⁸ - das ohnehin schwierig zu

24) BIEDENKOPF, Wettbewerbsbeschränkung S. 153, 154, 219

25) LUKES, Kartellvertrag S. 185 ff. (187); FIKENTSCHER, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz S. 207 ff.; BIEDENKOPF aaO (Anm. 25); MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 1 Rdn. 53 ff.; GÜNTHER, WuW 1964, 111 ff. (117 ff.). Vgl. auch MERZ in Böhm-Festschrift S. 227 ff. (256 ff.); BIEDENKOPF, WuW 1968, 3 ff.; GROSSFELD, WuW 1968, 719 ff. (726 ff.)

26) MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 1 Rdn. 54

27) BENISCH, WuW 1961, 764 ff. (777); RASCH-WESTRICK § 1 Rdn. 1; WÜRDINGER, Freiheit der persönlichen Entfaltung S. 9, 10, 16; ders. WuW 1960, 313, 314; STEINDORFF, S. 1 ff. (12); Frankfurter Kommentar § 35 Rdn. 19 ff. vgl. dazu auch SÄCKER, S. 14 ff.; HOPPMANN, Zum Schutzobjekt, S. 92 ff.

28) MÜLLER-HENNEBERG, WuW 1968, 669 f.

handhabende Gesetz würde dann noch durch ideologische Verfremdung und Überfrachtung belastet²⁹.

Damit soll keineswegs behauptet werden, der Schutz der individuellen Freiheit habe im Wettbewerbsrecht keine Bedeutung. Vielmehr hat die gesellschaftspolitische Zielsetzung des GWB - also die "Sicherung dezentralisierter wirtschaftlicher Entscheidungsprozesse" und damit die "Sicherung der Individualfreiheit durch rechtliche Bindung wirtschaftlicher Macht" - als eine der beiden Hauptzielrichtungen des Kartellrechts entscheidendes Gewicht³⁰. Wenn aber Individualschutz im Sinne eines subjektiven Rechts auf freie wirtschaftliche Betätigung gefordert wird³¹, so erscheint dies deshalb fraglich, weil einerseits Abwehr- oder Schadensersatzansprüche auch ohne eine solche Konstruktion kraft objektiven Rechts gewährt werden können³² und andererseits die Normen des GWB gar nicht geeignet sind, dieses subjektive Recht zu gewährleisten³³. Eine weitere Überlegung kommt hinzu: Es ist heute davon auszugehen, daß dem Grundgesetz nur eine freiheitlich-soziale Wirtschaftsverfassung³⁴ entspricht, also eine Wirtschaftsordnung, durch die die Freiheitsphären, die mit den Grundrechten garantiert sind, nicht aufgehoben oder ungebührlich eingeengt werden³⁵. Damit ist allerdings nicht die völlig von staatlichen Regelungen und Eingriffen freie, nur nach Eigengesetzen verlaufende Marktwirtschaft gemeint, vielmehr kommt dem Staat eine bedeutende Aufgabe bezüglich der Ordnung und Sicherung der Wirtschaft zu, die sich in ordnungspolitischen Gesetzen und lenkenden Maßnahmen niederschlägt³⁶. Bei der Verwirk-

29) MÜLLER-HENNEBERG, aaO (Anm. 28)

30) SÄCKER, S. 14 ff.; vgl. auch HOPPMANN, Zum Schutzobjekt, S. 92 ff.

31) FIKENTSCHER, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz S. 207 f.

32) BOLENIUS S. 66

33) Vgl. dazu die eingehende Beweisführung bei BENISCH, WuW 1961, 769 ff. und MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar Einführung IV S. 65 f.

34) BALLERSTEDT in: Die Grundrechte Bd. III/1 S. 50 f.

35) GUTMANN-HOCHSTRATE-SCHLÜTER S. 15; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG Art. 2 I Rdn. 44 ff.

36) Vgl. GUTMANN-HOCHSTRATE-SCHLÜTER S. 14 ff.; TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 66 f.

lichung dieser Aufgabe ist der Staat gehalten, die Ordnung der Wirtschaft so zu gestalten, daß innerhalb der geschaffenen Ordnung freiheitliches Wirtschaften der Einzelwirtschaftler ermöglicht wird³⁷, wozu auch der im Wege der mittelbaren Grundrechtsverwirklichung zu bewirkende Schutz einzelner vor privater wirtschaftlicher Macht gehört³⁸.

Daraus kann aber nicht gefolgert werden, der Schutz der individuellen Freiheit sei wesentlichster, ja einziger Schutzzweck ordnungspolitischer Regelungen; vielmehr ist nur der Schluß möglich, daß jede ordnungspolitische Regelung, welchen Zweck und welche Aufgabe sie auch verfolgen mag, die freiheitsrechtlichen Anforderungen zu respektieren hat.

Damit im Einklang befinden sich diejenigen Ansichten in der kartellrechtlichen Literatur, die zwischen beiden extremen Auffassungen vermitteln und meinen, es bestehe in Bezug auf das Schutzobjekt ein gleichwertiges Nebeneinander von gesellschaftspolitischen und wirtschaftspolitischen Zielen, von Individualschutz und Schutz von Interessen der Allgemeinheit in Form des Schutzes des Wettbewerbs als Ordnungs- und Steuerungselement der Wirtschaft³⁹; es handle sich um ein gegenseitiges Ergänzungsverhältnis beider Schutzzwecke; Wettbewerb sei als Institution ohne freie Entscheidungsmöglichkeiten gar nicht denkbar, daher bestünde ein notwendiger Zusammenhang zwischen Wettbewerb und Betätigungsfreiheit, wobei sich der Individualschutz als Reflex des Schutzes des Wettbewerbs als Ordnungsmittel ergibt⁴⁰. Die genannten Meinungsgruppen decken sich nicht vollständig. Wesentlich ist aber als Ergebnis, daß von der abgelehnten extremen Meinung vom Individualschutz als alleinigem Schutzzweck abgesehen, Übereinstimmung insoweit besteht, als Schutzzweck des GWB

37) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG Art. 2 I Rdn. 44 ff.; GUTMANN-HOCHSTRATE-SCHLÜTER S. 15

38) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG Art. 2 I Rdn. 57 f.

39) Vgl. SÄCKER, S. 14 ff.; HOPPMANN, Zum Schutzobjekt, S. 92 ff.; GRIESBACH in: Zehn Jahre Bundeskartellamt S. 42 f.; GÜNTHER in: Zehn Jahre Bundeskartellamt S. 11; ders., WuW 1964, 111 ff.; NEDELMANN, S. 40 ff. (46 f.); vgl. auch BAUR, ZfagHR 1970 (Bd. 134), 98 ff.

40) MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskomentar Einf. IV S. 54 ff.; BOLENIUS S. 65 ff. mit weit. Nachw.

zumindest gleichwertig neben dem Individualschutz der Schutz des Wettbewerbs als Ordnungs- und Steuerungsmittel der Wirtschaft ist bzw. daß es sich um zwei Aspekte des gleichen Schutzzweckes handelt^{40a}. Es geht also auf jeden Fall um den Schutz von allgemeinen und überindividuellen Interessen⁴¹.

VI. Neuere Auffassung vom Verhältnis Straftat - Ordnungswidrigkeit und ihre Bedeutung für das Kartellrecht

Damit steht zunächst fest, daß im Kartellrecht keine Rechtsgüter im Sinne von Gütern und Interessen von Individualpersonen geschützt werden, wie das im Kriminalstrafrecht des StGB überwiegend der Fall ist⁴². Damit ist aber keineswegs gesagt, daß nicht auch die Kartellordnungswidrigkeiten den dem Strafrecht überwiegend zugeschriebenen Charakter des Rechtsgüterschutzes besitzen⁴³. Auch im Bereich des Kriminalstrafrechts des StGB existieren zahlreiche Tatbestände, die nicht Individualrechtsgüter schützen, sondern Interessen der Allgemeinheit zum Schutzgegenstand haben - so etwa die Urkundendelikte, die das Interesse der Allgemeinheit an der Reinheit des Rechtsverkehrs schützen sollen, ähnlich die Aussagedelikte, die den Schutz der Rechtspflege bezwecken, oder die Staatsschutzdelikte⁴⁴. Eben diese Tatbestände zeigen auch, daß sich ein unmittelbares Substrat der zu schützenden Werte dort nicht mehr erkennen läßt⁴⁵. Damit ist die allgemeine Entwicklung angesprochen, die die Rechtsgutlehre in neuerer Zeit genommen hat, nämlich die Abstrahierung und Relativierung des Rechtsgutbegriffs: Vom Verständnis des Rechtsguts als

40a) HOPPMANN, Zum Schutzobjekt, S. 102 f.

41) Vgl. TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 66 f.; ders. GA 1969, 78 ff.

42) Vgl. BAUMANN AT S. 124 f.; MAURACH AT S. 179 f.; TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 118

43) Vgl. nur BAUMANN AT S. 124 ff.; MAURACH AT S. 179 ff.; JESCHECK, Lehrbuch S. 5 ff.; krit. dazu TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 117 (Anm. 17)

44) BAUMANN aaO; MAURACH aaO (Anm. 43)

45) TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 117

Wertsubstrat ist die Rechtsgutlehre mehr und mehr dazu gekommen, das Rechtsgut als gedankliches Gebilde und als Beziehungsbegriff (Beziehung von Menschen zu Interessen) aufzufassen und das Wertsubstrat durch die Wertqualität zu ersetzen⁴⁶. Damit ist der Weg geebnet für die Einbeziehung auch der überindividuellen, nicht an einem Substrat konkretisierbaren Allgemeininteressen im Bereich des vom Staat geordneten Wirtschaftslebens in den Rechtsgutbegriff. Gerade im Kartellrecht wird deutlich, daß es sich hier um Rechtsgüterschutz in diesem (erweiterten) Sinne handelt und nicht lediglich um den Schutz verwaltungsmäßiger Ordnungsinteressen. Die grundsätzliche Bedeutung des Kartellrechts für die Volkswirtschaft als Ganzes wurde bereits betont. Der Wettbewerb wird nicht als bloßes Ordnungsprinzip geschützt (wie z.B. im Straßenverkehrsrecht das Rechtsfahren, das ebensogut durch Linksfahren ersetzt werden könnte), sondern genießt den Schutz der Rechtsordnung um seiner Leistung für die Entfaltung der Gesamtwirtschaft willen. Wettbewerb als gesetzlich verfaßtes Steuerungsmittel der Wirtschaft einschließlich der staatlichen Einzeleingriffsbefugnisse ist von elementarer Bedeutung für einen der wichtigsten Lebensbereiche der Gesellschaft und verkörpert deshalb einen schutzwürdigen Wert, ganz im Sinne von JESCHECKs Definition des Rechtsguts als "rechtlich geschütztes besonderes Lebensgut, an dessen Erhaltung die Gemeinschaft ein Interesse hat und das der Gesamtheit als Träger zugeordnet werden kann"⁴⁷. Diese Ansicht kann sich sowohl auf die neuere Strafrechtsdogmatik zum Nebenstrafrecht wie auch auf die wirtschaftsrechtliche Literatur stützen⁴⁸. Wenn man also auch Ordnungswidrigkeiten (wenigstens in Teilbereichen - hier speziell denen des GWB) die Funktion von Güter-

46) Vgl. MAURACH aaO (Anm. 43); TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 113 ff. (115, 117); auch BAUMANN AT S. 124 ff.; JESCHECK, Lehrbuch S. 175 f.

47) Lehrbuch S. 176

48) TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 66 ff., 123 ff. 139 m. weit. Nachw.; BAUMANN und ARZT, ZfdgHR 1970, 25 ff.; BALLERSTEDT in: Böhm-Festschrift S. 179 f. m. weit. Nachw.; dazu auch RAISCH, ZfdgHR 1966, 162 ff.

und Wertschutz zubilligt, so verbleibt eine Möglichkeit zur Abgrenzung von Ordnungswidrigkeiten und Straftaten ihrem Wesen nach nur dann, wenn der Begriff der Sozialethik hinzugenommen und behauptet wird, nur der Schutz von allgemein anerkannten, im Bewußtsein der Allgemeinheit verankerten Werten und Gütern, deren Verletzung ethische Mißbilligung finde, könne Straftaten charakterisieren; fehle dies, so lägen nur Ordnungswidrigkeiten vor⁴⁹. Dem kann vom Blickwinkel des Kartellrechts her aus zwei Gründen nicht zugestimmt werden. Die Beschränkung auf Ordnungswidrigkeiten im GWB würde dann bedeuten, daß das Schutzgut, der Leistungswettbewerb, keine sozialethischen, sittlichen Bezüge aufweist. Jedoch haben gerade führende wirtschaftsrechtliche Autoren dargetan, daß Wirtschaftsrecht und insbesondere Kartellrecht keineswegs rein zweckrational und wertindifferent ist, sondern daß es auch bei der Ordnung der Wirtschaft um sittliche Werte geht⁵⁰, nicht zuletzt deshalb, weil das Verständnis des Wirtschaftsrechts als wertneutrales Reglement ihm wesentliche Wirkungsmöglichkeiten abschneiden würde, nämlich die Möglichkeit, in die Rechtsüberzeugung der Beteiligten hineinzuwachsen und nicht bloß von der Kontrolle der Kartellbehörden abhängig zu sein⁵¹. Das Vorhandensein von sittlichen Werten im Wettbewerbsrecht wird aber auch vom Gesetzgeber nicht geleugnet. Wenn es in der bereits zitierten Stelle der Regierungsbe-gründung⁵² heißt, es fehle in der Öffentlichkeit ein lebendiges Gefühl dafür, daß wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken und Verträge unerlaubt und ethisch verwerflich seien, so wird damit nicht ausgesagt, daß der Gesetzgeber diese Praktiken und Verträge nicht für ethisch verwerflich hält, vielmehr wird lediglich betont, es fehle an der öffentlichen allgemeinen Erkenntnis und Anerkennung der Werthaftigkeit der

49) Vgl. oben § 2 IV; gegen diese Auffassung auch BAUMANN und ARZT, aaO (Anm. 48) 28 f.

50) Aus den Werken von BÖHM sei hier nur "Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung" erwähnt; dazu BALLERSTEDT in: Böhm-Festschrift S. 179 f.; FIKENTSCHER, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz S. 113 ff.; auch RAISCH, ZfdGHR 1966, 172

51) BALLERSTEDT aaO (Anm. 50) S. 180

52) BT-Drucksache II/1158, S. 28; wörtliches Zitat oben § 2 II

Wettbewerbsordnung, und es wird eben diese allgemeine Anerkennung als wesensnotwendig für den Einsatz von Strafrecht im engeren Sinne angesehen⁵³. Daß diese allgemeine Anerkennung bei Erlaß des GWB nicht bestand und auch heute trotz der optimistischen Äußerungen des Gesetzgebers⁵⁴ wohl noch nicht besteht, kann kaum zweifelhaft sein. Jedoch sind gerade gegen diese Forderung nach allgemeiner Anerkennung neuestens erhebliche Bedenken geltend gemacht worden. TIEDEMANN⁵⁵ legt dar, daß nach dieser Auffassung die Wettbewerbsfreiheit als eines der konstituierenden Prinzipien der Marktwirtschaft überhaupt nicht als (anerkannter) Wert angesehen werden könnte und daß dann wohl auch jedes andere unmittelbare Ziel der Wirtschaftspolitik als gültiger Wert auszuschneiden habe, so daß nur noch die obersten Ziele der Wirtschaftspolitik werthaft gültig sein könnten, welche aber gerade (aus anderen Gründen) nicht Gegenstand strafrechtlichen Schutzes sein können. Daraus, so TIEDEMANN, würde die Konsequenz folgen, daß auf Wirtschaftsstrafrecht überhaupt verzichtet werden müsse. Demgegenüber geht TIEDEMANN davon aus, daß sämtliche sozialstaatlichen Gemeinwohlwerte (auch insoweit, als sie straf- oder ordnungswidrigkeitsrechtlich sanktioniert werden sollen) konkretisierender Setzung durch den Gesetzgeber bedürftig seien, ohne daß man mit ihrer Verwirklichung warten könnte, bis sie allgemeine Anerkennung im Volksbewußtsein gefunden haben. Soweit nicht Strafrecht betroffen ist, habe der Gesetzgeber unbestritten auf Grund seiner demokratischen Legitimation das Recht, den werthaften Charakter und die soziaethische Bedeutung solcher Ziele der Wirtschaftsgestaltung anzuerkennen⁵⁶, so daß es nicht auf die Anerkennung durch das Bewußtsein der Allgemeinheit von der Werthaftigkeit, sondern mehr auf die von Seiten des Staates durch entsprechende gesetzliche Gestaltung getätigte Wertsetzung ankommt⁵⁷. Diese Befugnis des Gesetzgebers

53) Ebenso etwa SAX in: Die Grundrechte Bd. III/2 S. 928 ff.

54) Vgl. wörtliches Zitat oben § 2 II

55) Tatbestandsfunktionen S. 139 f.; vgl. auch BAUMANN und ARZT, ZfdGHR 1970, 25 ff.

56) TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 140 unter Bezug auf MAUNZ-DÜRIG-HERZOG Art. 2 I Rdn. 25, 61. Dort weit. Nachw.

57) TIEDEMANN aaO (Anm. 56)

schlägt nach TIEDEMANN auch auf die Strafbewehrung entsprechender Gemeinschaftswerte durch, so daß der Gesetzgeber in der Lage ist, solche von ihm als sozialetisch bedeutend erkannte und gesetzte Werte auch ohne bereits vorhandene allgemeine Anerkennung mittels Strafsanktion zu schützen.

An der Notwendigkeit, die Strafsanktion als stärkstes, dem Staat zu Gebote stehendes Mittel auch im Bereich der Wirtschaft einzusetzen, wird man angesichts der Gefährlichkeit der Wirtschaftsdelikte und dem ganz erheblichen materiellen wie immateriellen Schaden, den Wirtschaftsdelikte der Volkswirtschaft zufügen können, kaum vorbeikommen. Der Einsatz der Strafsanktion läßt sich aber auf weitesten Gebieten nur mit dieser Auffassung bewerkstelligen, da selbst in so traditionell strafbewehrten Gebieten wie dem Steuerstrafrecht auch heute noch die Auffassung vorzuherrschen scheint, Steuerstraftaten seien Kavaliersdelikte. Also selbst in diesem Gebiet fehlt es noch an der allgemeinen Anerkennung der Werthaftigkeit und sozialetischen Verwerflichkeit! Gerade die zitierte Äußerung des Kartellgesetzgebers zeigt, daß er ein Unbehagen verspürte, als er sich wegen der fehlenden allgemeinen Anerkennung genötigt sah, das von ihm als elementar wichtiges Ordnungssystem der Wirtschaft angesehene Wettbewerbsprinzip nur mit Ordnungswidrigkeitstatbeständen zu schützen, obwohl er sich (unausgesprochen) von Straftatbeständen wohl eine höhere Effektivität versprach - was sich aus dem Hinweis, später werde man die Ordnungswidrigkeiten zu Straftaten verschärfen können, schließen läßt.

Da aber damit die Argumente der Lehre von der wesensmäßigen Unterschiedenheit von Ordnungswidrigkeiten und Straftaten (Rechtsgüterschutz, sozialetischer Gehalt bzw. dessen allgemeine Anerkennung) sämtlich zumindest für das Kartellrecht erheblichen Bedenken unterliegen, erscheint es angebracht, auf diese Unterscheidung zu verzichten. Die Konsequenz ist dann, daß zur Unterscheidung nurmehr auf die Sanktion abgestellt wird: hier die Strafe mit ihrem sozialetisch diffamierenden Charakter, dort die Geldbuße, bei der dieser Charakter fehlt, weil der (möglicherweise) in der Tat vorhandene sozialetische Bezug für den Unrechts- und Schuldvorwurf nach dem Willen des

Gesetzes außer Betracht bleibt⁵⁸. Damit gelangt man zur Anerkennung der heute stark im Vordringen befindlichen These, daß sich Straftat und Ordnungswidrigkeit nicht wesensmäßig, sondern vom materiellen Gehalt der Rechtsverletzung her lediglich gradmäßig unterscheiden, daß also auch bei Ordnungswidrigkeiten Rechtsgutverletzungen oder sozioethische Bezüge vorliegen können. Damit fehltes allerdings an einer klaren dogmatischen Trennungslinie (die aber auch durch die Kriterien der Gegenmeinung nicht praktikabel gewährleistet wird), und es liegt weitgehend in der Hand des Gesetzgebers, nach pragmatischen oder kriminalpolitischen Gesichtspunkten unter Prüfung des Gewichts der Rechtsverletzung nach Bedeutung des Rechtsguts oder nach der Gefährlichkeit zu entscheiden, welche Sanktion einzusetzen ist. Dabei erlangt dann das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Maßstab der Entscheidung des Gesetzgebers eine erhebliche Bedeutung⁵⁹.

Allein diese Auffassung wird den Kartellordnungswidrigkeiten gerecht, die sich sowohl nach ihrer wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung als auch nach der Höhe der eingesetzten Sanktion deutlich vom größten Teil der übrigen Bußgeldtatbestände abheben. Diese Umstände haben häufig dazu geführt, daß den Kartellordnungswidrigkeiten eine Sonderstellung zugesprochen und ihre wesensmäßige Nähe zur Straftat im engeren Sinn betont wurde, um sie von den sonstigen "Bagatellordnungswidrigkeiten" abzuheben⁶⁰. Diesen Bedenken wird mit der auch hier vertretenen Auffassung Rechnung getragen, die durchaus anerkennt, daß im Bereich der Ordnungswidrigkeiten Rechtsverletzungen von sehr verschiedenem Gewicht zusammengefaßt sind. Zugleich ergibt diese Betrachtung aber auch, daß entgegen der Ansicht des Gesetzgebers kein dogmatischer Grund besteht, der es verhindern könnte, die Ordnungswidrigkeiten des GWB durch Straftatbestände zu ersetzen.

58) Vgl. TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 132, 352 f. sowie ZStW 1971, H. 3

59) JESCHECK, Lehrbuch S. 37; GÖHLER, OWiG Anm. 2 vor § 1 mit zahlr. weit. Nachw.; TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 130 ff., 132

60) Vgl. nur RAISCH, ZfdgHR 1966, 170 ff. (172)

§ 3 Einzelne Folgen des legislatorischen Einsatzes von Ordnungswidrigkeiten für das Kartellrecht

Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, hier im einzelnen auf die Besonderheiten des Ordnungswidrigkeitenrechts gegenüber dem allgemeinen Strafrecht einzugehen. Hierzu kann auf die allgemeine Literatur zum Ordnungswidrigkeitenrecht verwiesen werden, bei der sich neuerdings den Standardkommentaren verschiedene lehrbuchartige Darstellungen zugesellt haben¹. Immerhin bleibt festzustellen, daß sich diese Literatur - von wenigen Ausnahmen abgesehen² - nur ganz am Rande mit speziellen wirtschaftsrechtlichen, besonders kartellrechtlichen Ordnungswidrigkeiten befaßt, sich vielmehr überwiegend an den heutigen Hauptgebieten des Ordnungswidrigkeitenrechts, nämlich besonders den Verkehrsordnungswidrigkeiten, orientiert³. Das ist angesichts der schwierigen Zugänglichkeit der kartellrechtlichen Materie an sich nicht weiter verwunderlich und wäre auch nicht besonders zu bedauern, wenn diese offenkundige und zum Teil wohl auch bewußte Lücke wenigstens durch die kartellrechtliche Literatur geschlossen würde. Aber eben dies ist nicht der Fall. Gerade die führenden Kommentare der Kartellrechtsliteratur begnügen sich durchweg mit einer sehr kurz gefaßten Darstellung der allgemeinen Grundsätze des Ordnungswidrigkeitenrechts, wobei sie sich wiederum ohne tiefergehenden Bezug zu ihrer speziellen Materie auf die allgemeine Literatur zum OWiG stützen⁴. Andererseits besteht die sich dann in der Regel anschließende Schilderung der Einzeltatbestände weitgehend in einer Bezugnahme auf die zu den ent-

1) So etwa SCHMITT, Ordnungswidrigkeitenrecht, dargestellt für den Bereich der Wirtschaft; CRAMER, Grundbegriffe

2) Vor allem SCHMITT, der immerhin mit 9 Seiten auf die Kartellordnungswidrigkeiten eingeht (S. 124 ff.)

3) Ausführlich dazu TIEDEMANN, ZStW 1971, Heft 3

4) MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 1 - 7; MAYER-WEDELIN in: Gemeinschaftskommentar § 38 Rdn. 1 - 9; Frankfurter Kommentar Vorbem. zu § 38 Rdn. 1 ff.

sprechenden Bestimmungen des materiellen Kartellrechts gemachten Ausführungen, so daß es zu einer Beurteilung der kartellrechtlichen Tatbestände unter strafrechtlichen bzw. ordnungswidrigkeitsrechtlichen Gesichtspunkten schon auf Grund dieses Kommentierungsschemas nicht kommen kann.

Um denselben Nachteil hier zu vermeiden, soll auf die materiellen Fragen des Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenrechts punktuell bei der Erörterung der einzelnen Tatbestände eingegangen werden. Vorweg sollen jedoch wenigstens zwei Fragen aus dem prozessualen Bereich angesprochen werden, denen vor allem im Hinblick auf die praktische Anwendung der kartellrechtlichen Bußgeldtatbestände erhebliche Bedeutung zukommt.

I. Die Zuständigkeitskonzentration bei den Kartellbehörden

Die Kartellbehörden, nämlich das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden besitzen eine umfassende Zuständigkeit auf dem Gebiet des Kartellwesens. Zunächst sind sie als Verwaltungsbehörden für alle Aufgaben zuständig, die sich daraus ergeben, daß der Staat die Aufgabe übernommen hat, mittels des GWB regelnd in den Ablauf der Wirtschaft einzugreifen. Dieser Zuständigkeitsbereich erstreckt sich von der Erteilung der Erlaubnisse bei den Erlaubniskartellen über die Entgegennahme der Anmeldung bei den Anmeldekartellen bis zur Führung des Kartellregisters. Hinzu kommt der weitgespannte Bereich der Eingriffsmöglichkeiten im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht, der einen großen Teil der Tätigkeit der Kartellbehörden ausmacht. Zur Durchsetzung dieser ihrer verwaltungsrechtlichen Tätigkeit steht den Kartellbehörden wie allen anderen Verwaltungsbehörden das Mittel des Verwaltungszwangs zur Verfügung⁵. Dabei ist noch die "Ermittlungstätigkeit" eingeschlossen, die notwendig ist, um den Kartellbehörden ihre Verwaltungstätigkeit zu ermöglichen. Sie hat im Gesetz ihren Niederschlag in § 46 gefunden. Jedoch ist die Tätigkeit auf Grund dieser speziellen Ermächtigung keineswegs ausreichend, um den

5) GUTZLER, NJW 1963, 531 ff.

Kartellbehörden eine für ihre Maßnahmen ausreichende Informationsbasis zu bieten. So besteht beispielsweise im Bundeskartellamt eine eigene Abteilung "Wirtschaftsbeobachtung und Betriebsprüfungen", die entweder auf Anforderung der Beschlußabteilungen oder aus eigener Initiative oder auf Anweisung des Präsidenten tätig wird. In vier Referaten werden dort folgende Aufgaben wahrgenommen: Marktuntersuchungen im Bereich des Presse- und Nachrichtenwesens und in den gesetzlichen Ausnahmebereichen wie z.B. Verkehr oder Energiewirtschaft, Erstellung spezieller Marktanalysen im Zusammenhang mit Kartellen, vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen und Mißbrauchstatbeständen, Marktbeobachtung und Erstellung von Marktstrukturbildern im Zusammenhang mit der Mißbrauchsaufsicht über Kartelle, Preisbindungen usw., Abgabe von betriebswirtschaftlichen Stellungnahmen, Durchführung von Betriebsprüfungen, Erfassung und Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen sowie Führung einer umfassenden Unternehmensdokumentation⁶.

Neben diese umfassende verwaltungsrechtliche Zuständigkeit der Kartellbehörden ist mit der Kartellnovelle von 1965 noch die Zuständigkeit zum Erlaß der Bußgeldbescheide auf Grund der im GWB vorhandenen Ordnungswidrigkeitstatbestände getreten⁷.

Während nach der Regelung der früheren §§ 81 ff. die Kartellbehörden lediglich die Befugnis hatten, Antrag auf Erlaß eines Bußgeldbescheides an das OLG zu stellen, sind nach der jetzigen Regelung der §§ 81 - 86 a die Kartellbehörden in Angleichung an die Grundsätze des OWiG in der Lage, selbst die Bußgeldbescheide zu erlassen. Damit sind nunmehr die verwaltungsrechtliche Zuständigkeit, die gesamte Ermittlungstätigkeit und die ordnungswidrigkeitsrechtliche Ahndung von Verstößen in einer Hand vereinigt. Lediglich im Beschwerde- bzw. im Einspruchsfall ist noch eine Kontrollfunktion der Justiz erhalten geblieben. Daß diese umfassende Kompetenzzuteilung an eine Spezialbehörde ihre Vorzüge hat, soll nicht bestritten werden. Die genauen Kenntnisse der wirtschaftlichen Vorgänge und Zusammenhänge, die die Behörde im Rahmen ihrer Verwaltungstätig-

6) WEBER in: Zehn Jahre Bundeskartellamt S. 268 f.

7) Zu den Hintergründen dieser Änderung MAYER-WEGELIN in: Gemeinschaftskommentar, Nachtrag 1966, Vorbem. zu § 38

keit erlangt, können und werden der Treffsicherheit und Richtigkeit der Bußgeldbescheide durchaus zugute kommen. Jedoch erhebt sich die Frage, ob diese Regelung nicht auch nachteilige Wirkungen haben kann, etwa insofern, als sich bei dieser Behörde einseitige Praktiken entwickeln können, z.B. die Überbewertung wirtschaftlicher und verwaltungstechnischer Gesichtspunkte unter Vernachlässigung wichtiger strafrechtlicher Gesichtspunkte⁸. Solchen Entwicklungen könnte bei der derzeitigen Rechtslage kaum entgegengetreten werden, umso weniger dann, wenn die - allerdings unter anderem Blickwinkel geforderte - Weisungsunabhängigkeit des Bundeskartellamts vom Wirtschaftsministerium⁹ verwirklicht würde.

II. Der Opportunitätsgrundsatz bei der Verfolgung der Kartellordnungswidrigkeiten

In unmittelbarem Zusammenhang mit der eben erörterten umfassenden Zuständigkeit der Kartellbehörden steht für den Bereich der Bußgeldtatbestände die Geltung des Opportunitätsprinzips. Die oben dargestellte¹⁰ grundsätzliche Entscheidung des Gesetzgebers, im Bereich des Kartellwesens nicht Strafrecht im engeren Sinn, sondern Ordnungswidrigkeitsrecht zur Sanktionierung einzusetzen, hat noch eine zweite bedeutende Erweiterung der Befugnisse der Kartellbehörden mit sich gebracht. Bei Einsatz von Strafrecht im engeren Sinn wäre das in § 153 StPO verankerte Legalitätsprinzip zur Geltung gelangt, so daß jeder bekanntgewordene Verstoß gegen Strafbestimmungen die Verfolgungstätigkeit zwangsläufig nach sich gezogen hätte. Demgegenüber gilt im Kartellrecht das Opportunitätsprinzip. Zunächst enthielt das GWB noch Sondervorschriften gegenüber dem OWiG, nämlich in §§ 81 II und 85 V a.F. die Bestimmung, daß Voraussetzung

8) Sowohl die kartellrechtliche wie auch die allgemeine Literatur ist an dieser Frage bislang gänzlich vorbeigegangen. Vgl. aber neuerdings die Kritik von TIEDEMANN in: TIEDEMANN (Hrsg.), Die Verbrechen in der Wirtschaft S. 25; sowie ZRP 1970, 261

9) GÜNTHER in: Zehn Jahre Bundeskartellamt S. 33 f.

10) § 2 II

einer ordnungswidrigkeitsrechtlichen Verfolgung neben hinreichendem Tatverdacht das Bestehen eines öffentlichen Interesses an der Verfolgung war¹¹. Nach Wegfall dieser Sondervorschriften durch die Kartellnovelle 1965 richtet sich die Verfolgung nach den allgemeinen Bestimmungen des OWiG, nämlich § 47, wonach die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde liegt. Die Berechtigung des Opportunitätsprinzips im Ordnungswidrigkeitenrecht wird darin gesehen, daß die Ordnungswidrigkeiten die Rechtsordnung weniger gefährden und einen geringeren Unrechtsgehalt aufweisen als Straftaten: "schon bei Vorliegen besonderer (also nicht erst ganz außergewöhnlicher, gesetzlich genau beschriebener) Umstände kann der Unrechtsgehalt des Ordnungsverstoßes so gering und eine (auch nur abstrakte) Gefährdung so entfernt sein, daß eine Ahndung nicht mehr angemessen oder jedenfalls nicht notwendig erscheint"¹². Hauptzweck der Geldbuße sei die Durchsetzung einer bestimmten Ordnung, die sich mitunter auch in anderer Weise, etwa durch Verwarnung, Androhung der Verfolgung, Aufklärung oder nur Verfolgung bestimmter, beschränkter Verstöße erreichen ließe¹³. Diese Ansicht mag für den Hauptanwendungsbereich des Ordnungswidrigkeitsrechts, nämlich den Bereich der kleineren Verwaltungsverstöße etwa im Straßenverkehrsrecht, zutreffend sein. Trotz der einhelligen Bejahung des Opportunitätsprinzips samt der genannten Begründung durch die Literatur zum OWiG¹⁴, der sich auch die kartellrechtliche Literatur durchweg angeschlossen hat¹⁵, erscheint es aber hier angebracht, auf Bedenken gegen diese Ansicht hinzuweisen. Wenn oben¹⁶ dargestellt würde, daß die Kartellverstöße zumindest

11) Dazu MAYER-WEDELIN in: Gemeinschaftskommentar, Nachtrag 1966 Vorbem. zu § 38

12) GÖHLER, OWiG § 47 Anm. 1

13) GÖHLER aaO (Anm. 12); REBMANN-ROTH-HERRMANN, OWiG § 47 Anm. 1 ff. (7)

14) Für viele wiederum GÖHLER aaO (Anm. 12)

15) Z.B. RASCH-WESTRICK, Vorbem. zu §§ 81 - 86 Rdn. 3; LANGEN, § 81 Rdn. 8 ff. Die neue Aufsatzliteratur geht auf diese Frage nicht ein - vgl. etwa GUTZLER-NÖLKENS-MEIER, WRP 1969, 1 ff.; v. RENTHE gen. FINK, WuW 1969, 78 ff.

16) § 2 IV - VI

zum Teil nicht dem üblichen Bereich der Ordnungswidrigkeiten, nämlich dem bloßen Ordnungs- oder Verwaltungsverstoß, zugeordnet werden können, sondern durchaus Rechtsgutverletzungen mit sozialetischem Unwertgehalt darstellen und damit den Straftaten im engeren Sinne erheblich näherstehen, so muß doch gefragt werden, ob dann nicht auch der Opportunitätsgrundsatz fehl am Platze ist. Es ist zumindest fraglich, ob die für einfache Verwaltungsverstöße durchaus sinnvolle Entscheidungsbefugnis der Verwaltungsbehörde über das "Ob" der Verfolgung auch dann sinnvoll ist, wenn es sich um strafatähnliche (folgen)schwere Verstöße gegen elementare Regeln der Wirtschaftsordnung handelt¹⁷. Wenn sich der Gesetzgeber nur durch die fehlende Anerkennung des Unwertgehaltes in der Öffentlichkeit gehindert sah, die Kartellverstöße zu Kriminalstrafaten mit der Folge des Verfolgungszwangs zu erheben und gleichzeitig ausspricht, daß später eine Umwandlung in Straftaten durchaus möglich wäre, so bleibt zu erwägen, ob nicht für die Zwischenphase wenigstens eine Einschränkung des Opportunitätsprinzips notwendig gewesen wäre - dahingehend, daß nicht nur das pflichtgemäße Ermessen der Behörde maßgebend ist. Immerhin bot die frühere Fassung des GWB noch einen Ansatzpunkt zur Verwirklichung dieser Ansicht, wenn in § 81 II a.F. auf das öffentliche Interesse an der Verfolgung abgestellt wurde. Noch eher geeignet erscheint die Bestimmung des § 7 OWiG 1954, die nach der Kartellnovelle 1965 für die Verfolgung der Kartellverstöße galt¹⁸. Damit wäre die Möglichkeit gegeben, bei einfachen Ordnungsverstößen nach dem pflichtgemäßen Ermessen zu urteilen, während

17) Speziellere Bedenken gegen die Praxis, bei erfolgreicher Abmahnung das Verfahren einzustellen, jetzt bei TIEDEMANN, ZStW 1971, Heft 3

18) § 7 OWiG lautete:

- (1) Die Festsetzung einer Geldbuße steht im pflichtgemäßen Ermessen der Verwaltungsbehörde
- (2) Eine Geldbuße ist festzusetzen, wenn ein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht.
- (3)

bei den schweren, straftatähnlichen Verstößen Absatz 2 Anwendung gefunden hätte: hier wäre immer das öffentliche Interesse zu bejahen mit der Folge, daß dann eine Verfolgungspflicht bestände. Diese durchaus sinnvolle und sicher nicht nur für das Kartellrecht brauchbare Einschränkung des Opportunitätsprinzips ist der Neufassung des OWiG 1968 zum Opfer gefallen. Auch hier zeigt sich, daß die moderne Vereinheitlichungstendenz in der Gesetzgebung durchaus zu Nachteilen in Spezialgebieten führen kann¹⁹. Wie sich unter der Geltung des uneingeschränkten Opportunitätsprinzips die Praxis der Kartellbehörden entwickelt hat, wird noch zu untersuchen sein.

19) Dazu TIEDEMANN in: TIEDEMANN (Hrsg.), Die Verbrechen in der Wirtschaft S. 34 ff. (36) m. weit. Nachw.

§ 4 Systemansätze für den Besonderen Teil des Kartellstrafrechts

I. Die Konzeption der Bußgeldtatbestände und die strafrechtliche Problemstellung

In §§ 38 und 39 hat der Gesetzgeber die Bußgeldtatbestände zusammengefaßt. Diese Bestimmungen bieten dem am Strafgesetzbuch geschulten Juristen ein verwirrendes Bild¹. Hier sind in zwei Paragraphen die verschiedenartigsten Tatbestände vereinigt: von der Verwertung von Sicherheiten ohne Erlaubnis (§ 38 I Nr. 3) bis zum Verbot der Empfehlung, die eine Umgehung kartellrechtlicher Verbote durch gleichförmiges Verhalten bewirkt, vom zunächst leicht faßbar scheinenden "Erschleichen einer Erlaubnis" bis zum farblosen² Sichhinwegsetzen über die Unwirksamkeit eines "Vertrages oder Beschlusses". Besonders erschwerend für das Verständnis wirkt die Häufung von Verweisungen auf die materiellen Vorschriften des GWB, die insbesondere § 38 I kennzeichnet. Gerade die letztere Eigenart ist allerdings keineswegs typisch nur für das Kartellstrafrecht, sondern findet durchgehende Parallelen im gesamten Bereich des Wirtschafts- und sonstigen Nebenstrafrechts³.

Gerade diese gesetzgeberische Technik zeigt deutlich die Art des Zustandekommens der Bußgeldtatbestände. Sie werden nicht als eigenständige Strafvorschriften nach strafrechtlichen Gesichtspunkten konzipiert. Ausgangspunkt ist vielmehr das sog. materielle Kartellrecht, dem die Bußgeldvorschriften zur Erleichterung der Durchsetzung sozusagen aufgefropft wurden. Dies zeigt schon der Regierungsentwurf⁴, wenn es dort heißt:

1) Vgl. die überaus anschauliche Bezeichnung als "Ordnungswidrigkeitensalat" bei BAUMANN und ARZT, ZfdgHR 1970, 33

2) TIEDEMANN, S. 62

3) Vgl. nur als Beispiele § 33 AWG, § 56 KWG; eingehend dazu TIEDEMANN, S. 87 ff.

4) BT-Drucksache II/Nr. 1158, S. 27

"Ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen kann sich nicht damit begnügen, das Monopolproblem lediglich von der zivilrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Seite zu behandeln Öffentlichrechtliche Sanktionen sind notwendig, um sicherzustellen, daß das Gesetz befolgt wird."

Noch klarer wird dies, wenn man bedenkt, daß sowohl im Bundestag als auch im federführenden Ausschuß für Wirtschaftspolitik darüber diskutiert wurde, ob überhaupt Bußgeldvorschriften in das Gesetz aufzunehmen seien. Anlaß war der von BÖHM und anderen eingebrachte Entwurf⁵, der lediglich in zwei Fällen (§§ 14 und 21) bei Nichtbefolgung von Verfügungen der Kartellbehörde "Zwangsgeld" vorsah, sonst aber ganz auf Strafvorschriften verzichtete. Allerdings entschieden sich sowohl der Bundestag⁶ schon in der ersten Lesung wie auch der Ausschuß für Wirtschaftspolitik am Beginn seiner Beratungen⁷ dafür, bei der weiteren Behandlung vom Regierungsentwurf auszugehen, der in §§ 31, 32 Bußgeldtatbestände enthielt, die in etwa dem heutigen System entsprachen.

Dementsprechend findet sich im Regierungsentwurf keinerlei Anhaltspunkt für ein Ordnungsprinzip bei den Bußgeldtatbeständen. In der amtlichen Begründung⁸ heißt es lediglich, die Tatbestände schlossen sich teils unmittelbar an Gebote und Verbote der materiellen Bestimmungen an; in anderen Fällen handle es sich um Verstöße gegen konkrete Verfügungen oder um Erschleichung von Erlaubnissen usw..

Festzustellen ist lediglich, daß sich die Bußgeldbestimmungen der §§ 31, 32 des Entwurfs lose an die Reihenfolge der von ihnen bewehrten materiellen Vorschriften halten.

Von dieser Seite her ist demnach ein strafrechtlicher Ansatzpunkt nicht zu gewinnen. Jedoch scheint es unumgänglich,

5) BT-Drucksache II/Nr. 1269

6) Sten. Berichte 2. Wahlperiode 76. Sitzung S. 4218 ff.

7) Schriftlicher Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses, zu BT-Drucksache II/Nr. 3644, S. 6, 7, 14

8) BT-Drucksache II/Nr. 1158, S. 45

einen solchen Maßstab zu finden, wenn man versuchen will, die Bußgeldvorschriften des GWB nicht nur als Anhang der zivil- und verwaltungsrechtlichen Regelungen zu behandeln, sondern ihren strafrechtlichen Gehalt herauszustellen.

Nun ist in der Tat nicht zu verkennen, daß das Strafrecht im weitesten Sinne (unter Einschluß des Ordnungswidrigkeitsrechts) zumindest teilweise akzessorischen Charakter hat, was gerade im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts besonders deutlich zum Ausdruck kommt. Das kann aber nicht dazu führen, die in diesem Bereich vorhandenen straf- bzw. ordnungswidrigkeitsrechtlichen Tatbestände ausschließlich von der zugrunde liegenden Regelungsmaterie her zu beurteilen. Vielmehr hebt sich das Strafrecht durch seine besondere Rechtsfolge auch hier von der verwaltungsrechtlichen Regelungsmaterie ab und hat eigenständige Bedeutung⁹. Das wird besonders dann deutlich, wenn etwa eigenständige Forderungen des Strafrechts (wie der Bestimmtheitsgrundsatz) mit den verwaltungsrechtlichen Anwendungspraktiken der Regelmaterie (etwa sehr weitgedehnte Auslegung) kollidieren. Es wird deshalb zumindest auf die wechselseitige Beeinflussung strafrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Gesichtspunkte zu achten sein. Gerade der strafrechtliche Ansatz scheint aber in der kartellrechtlichen Literatur weitgehend zu fehlen, obwohl doch schon von der Höhe der Bußgeldandrohungen her ersichtlich ist, daß das GWB schwere Eingriffe in die Freiheit der Betroffenen¹⁰ ermöglicht, die bis zur Existenzvernichtung führen können: Die Bußgeldhöchstgrenze von 100 000 DM und die Erhöhungsmöglichkeit bis zum dreifachen Betrag des erzielten Mehrerlöses in § 38 IV Nr. 1 gehen weit über die in § 27 StGB verankerte Höchstgrenze der Geldstrafe von 10 000 DM und die zurückhaltende Geldstrafenpraxis der Strafgerichte¹¹ hinaus. Um so wesentlicher erscheint es, die

9) Eingehend dazu TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 45 ff.; vgl. auch JESCHECK, Lehrbuch S. 31 f.

10) Auch die Geldbuße als Sanktion stellt selbstverständlich einen Eingriff in die Freiheit des Betroffenen dar, vgl. MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 2 Rdn. 77

11) ZIPF, S. 36; MAURACH, AT S. 717

im Strafrecht in langer Tradition entwickelten Grundprinzipien zum Schutze der Freiheit (etwa das Bestimmtheitsgebot, das Analogieverbot, die Bindung des Richters an das Gesetz) auf ihre Wirksamkeit im Kartellrecht hin zu überprüfen. Daneben ist auch ein allgemeiner Aspekt im Auge zu behalten: Die nahezu uferlose Ausdehnung von Straf- und Bußgeldtatbeständen in der modernen Gesetzgebung bringt die Gefahr mit sich, daß die Anwendung solcher Bestimmungen weitgehend von der zugrundeliegenden Rechtsmaterie bestimmt wird und dabei die besonderen Erfordernisse des Strafrechts nicht genügend beachtet werden. Vor dieser Gefahr hat TIEDEMANN nachdrücklich gewarnt und betont, das Strafrecht habe sich infolge seiner "autonomen Begriffsbildung und eigenständigen Zwecke" nicht schlechthin den jeweils zugrundeliegenden Regelungsmaterien anzupassen, sondern müsse angesichts seiner "notwendigen Tatbestandspositivität innerhalb ausgebildeter Grenzen bleiben" und könne "in dem verbleibenden Rahmen vorhandener Gesetzestatbestände nur mit bewußter Vorsicht neue Abgrenzungen zwischen Recht und Unrecht vornehmen"¹².

Grundlegende Voraussetzung für jeden Versuch in dieser Richtung ist zunächst eine Sichtung des vom Gesetzgeber im GWB geschaffenen Tatbestandsmaterials unter strafrechtlichen Aspekten. Dabei soll nicht so sehr der Versuch gemacht werden, aus theoretischem, dogmatischem Interesse zu kategorisieren; vielmehr soll besonders geprüft werden, inwieweit sich Zusammenhänge zwischen gesetzgeberischer Technik, Praktikabilität und Bestimmtheit der einzelnen Normen ergeben; welche Tatbestände geeignet sind, ihren strafrechtlichen Zweck im Interesse des materiellen Kartellrechts zu erfüllen und wo es geboten scheint, für die Zukunft an Korrekturen zu denken. Dabei sind immer beide Aspekte im Auge zu behalten: Die praktische Realisierung der vom Gesetzgeber den einzelnen Bußgeldtatbeständen zugedachten Aufgabe im Rahmen des gesamten Kartellrechts muß mit den unumgänglichen strafrechtlichen Grundsätzen in Einklang gebracht werden, denen sich das Kartellrecht nicht entziehen kann, wenn der Gesetzgeber sich

12) TIEDEMANN, S. 56

des Mittels der strafrechtlichen Sanktionierung bedient hat. Hierbei wird selbstverständlich nicht übersehen, daß es sich bei den Kartellverstößen nicht um Strafrecht im eigentlichen Sinne handelt, sondern um Ordnungswidrigkeiten. Jedoch ist der Charakter des Ordnungswidrigkeitsrechts als "Quasistrafrecht" und damit die weitgehende Geltung strafrechtlicher Grundsätze auch in diesem Bereich allgemein anerkannt¹³. Wenn hier im folgenden versucht wird, innerhalb der Tatbestände der §§ 38, 39 Gruppen zu bilden oder Einteilungen zu finden, so muß dieser Versuch zwangsläufig zunächst den Charakter einer Arbeitshypothese besitzen, der noch der Erprobung an der Praxis des Kartellrechts bedarf (soweit eine solche Praxis schon besteht).

II. Systematisierungsversuche in der kartellrechtlichen Literatur

Die Kommentare zum GWB sind in dieser Hinsicht recht unergiebig. MÜLLER-GRIES-GIESSLER stellen zwar eine Erörterung der allgemeinen Grundsätze des Ordnungswidrigkeitenrechts voran¹⁴, folgen jedoch im übrigen der gesetzlichen Reihenfolge der Bußgeldtatbestände¹⁵, ohne den Versuch zu unternehmen, bestimmte Gruppen mit einheitlichen Merkmalen herauszustellen - wenn man von der vorangestellten Feststellung: "Die in § 38 Abs. 1 aufgezählten Tatbestände setzen teils vorsätzliches Handeln, teils nur Fahrlässigkeit voraus"¹⁶, absieht. Nach demselben Schema verfährt auch MAYER-WEDELIN im Gemeinschaftskommentar¹⁷: Einleitenden Bemerkungen zum Ordnungswidrigkeitenrecht schließt sich die den gesetzlichen Nummern folgende Kommentierung der Einzeltatbestände an. Eine systematische Erfassung äußert

13) Vgl. GÖHLER, OWiG Vorbem. § 1 Anm. 1 ff.; TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen, S. 227 ff. (230); SCHMITT, Ordnungswidrigkeiten S. 11 ff.; JESCHECK, Lehrbuch S. 35 ff.

14) § 38 Rdn. 1 - 7

15) § 38 Rdn. 8 ff.

16) § 38 Rdn. 8

17) § 38 Rdn. 1 ff., 10 ff.

sich allenfalls in Andeutungen ("materiell gleichliegende Nummern") oder in der gemeinsamen (äußerst knappen) Kommentierung mehrerer Nummern¹⁸. Ganz Entsprechendes gilt für den Kommentar von RASCH-WESTRICK, der überhaupt die Bußgeldbestimmungen sehr knapp behandelt¹⁹.

Im Frankfurter Kommentar findet sich immerhin ein Ansatz zur Einteilung in Fallgruppen²⁰: Abs. 1 des § 38 enthalte "im wesentlichen" (!) nur die Bußgeldsanktionen für Verhaltensweisen, die schon in den materiellen Vorschriften des Gesetzes mißbilligt sind, während Abs. 2 mit seinem Empfehlungsverbot selbst erst einen materiellen Verbotstatbestand enthalte. Gegen die Verwendbarkeit dieser Einteilung spricht schon ihre Ungenauigkeit, die ausdrücklich zugegeben wird. Zumindest § 38 I Nr. 9 paßt nicht in das genannte Schema. Zum zweiten bietet sie jedoch auch keinerlei sachlichen Ansatz zu einer Erfassung des strafrechtlichen Charakters der Tatbestände, da es sich hier lediglich um zwei verschiedene rein gesetzestech-nische Verfahrensweisen handelt: Trennung von Straftatbestand und Strafdrohung oder Zusammenfassung in einer Bestimmung²¹.

Gewichtigere Ansätze finden sich in der kartellrechtlichen Einzelliteratur. SPENGLER²² nimmt eine Dreiteilung vor in An-meldungs-, Eingriffs- und Rechtsschutzverweigerungstatbestän-de. Diese Kategorien sind aber nicht etwa auf die Tatbestände der §§ 38, 39 bezogen, sondern sollen die Regelungen des sog. materiellen Kartellrechts erfassen. Die Beziehung zu §§ 38, 39 wird erst durch den Begriff des "Unrechtstatbestands" herge-stellt: Der Eingriffs- oder Rechtsschutzverweigerungstatbe-stand gewinnt erst den Charakter eines Unrechtstatbestandes, wenn der Erlaß einer Verfügung bzw. das Sichhinwegsetzen über die Unwirksamkeit hinzukommt; Unrechtstatbestände "sind solche, bei denen die Gerichte gesetzlich zu zivilen oder Strafsank-tionen gegen eine rechtswidrige unerlaubte Handlung ermächtigt

18) § 38 Rdn. 11 a.E., 13

19) § 38 Rdn. 1 ff.

20) § 38 Rdn. 1

21) Vgl. dazu TIEDEMANN, S. 88 m. zahlr. Nachw.

22) S. 25 ff.

sind. Sie sind zu unterteilen in zivile Unrechtstatbestände auf der einen Seite und Ordnungswidrigkeiten auf der anderen Seite"²³. Das Schwergewicht dieser Aufteilung liegt jedoch im zivilrechtlichen Bereich. SPENGLER geht es darum, die im GWB enthaltene Kompetenzaufteilung zwischen Gerichten und Kartellbehörden klarzustellen. Erst der "Unrechtstatbestand" ist Anknüpfungspunkt für zivilrechtliche, gerichtlich verfolgbare Ansprüche (etwa Schadenersatz aus unerlaubter Handlung oder Unterlassungsanspruch); der Eingriffs- oder Rechtsschutzverweigerungstatbestand bleibt Domäne der verwaltungsmäßigen Kartellaufsicht²⁴. Für das Strafrecht bietet demnach auch diese Aufteilung keinen Ansatzpunkt.

BALLERSTEDT²⁵ hat die Frage aufgeworfen, inwieweit die Unterscheidung zwischen Handlungs- und Erfolgsunwert im Wettbewerbsrecht fruchtbar gemacht werden könnte und kommt dabei zu einer Bildung von Tatbestandsgruppen je nach dem Verhältnis der Bedeutung von Handlung und Erfolgsverwirklichung in den einzelnen normativen Tatbeständen des Wirtschafts- und besonders des Wettbewerbsrechts²⁶. Diese Fragestellung hat zweifellos große Bedeutung für die Frage nach dem Wertgehalt des Wirtschaftsrechts, also für das Problem, ob Wirtschaftsrecht wertneutrale, aus ökonomischen Zweckmäßigkeitsgründen erforderliche Regelungen darstelle oder ob auch in wirtschaftsrechtlichen Verbotsnormen Wertmaßstäbe aufzufinden sind²⁷. Von der Einführung des Handlungsunwertes und seiner abgestuften Bedeutung in den einzelnen Tatbeständen her mag sich auch Gewichtiges für die Auslegung dieser Einzeltatbestände aussagen lassen (wie die weiteren Ausführungen von BALLERSTEDT zeigen)²⁸; eine Gruppierung der Tatbestände der §§ 38 und 39, die auch auf ihre praktische Bedeutung abstellt, läßt sich damit nicht gewinnen.

23) aaO S. 25

24) aaO S. 27, 30

25) In Böhm-Festschrift S. 174 ff.

26) aaO S. 181

27) aaO S. 180

28) aaO S. 185 ff.

Wesentlich ergiebiger erscheint eine andere Einteilung, die bei STRICKRODT²⁹ angesprochen wird: Dort werden die Tatbestände des § 38 I Nr. 1 und die Empfehlungstatbestände des § 38 II als eigenständige strafrechtliche Normen bezeichnet und in Gegensatz zu den übrigen Nummern des § 38 I gesetzt, wo es sich um Regelungen akzessorischer Natur handle, die an im sonstigen Gesetzestext speziell bezeichnete Unrechtssachverhalte oder im Sinne von Ungehorsamsfolgen an spezielle behördliche Anordnungen anknüpfen. Hier handelt es sich um eine Einteilung nach der Art, wie der Gesetzgeber das Strafrecht als Mittel im Wirtschaftsrecht eingesetzt hat - von der schlichten Ungehorsamsstrafe für Nichtbefolgung einer konkreten behördlichen Anordnung bis zum allgemeinen Straftatbestand, der aus der Vielzahl wirtschaftlicher Vorgänge ohne den Anknüpfungspunkt verwaltungsmäßiger Tätigkeit bestimmte Handlungen oder Verhaltensweisen herausgreifen und zum Anknüpfungspunkt strafrechtlicher Sanktionen machen soll.

Diese Aufteilung bietet verschiedene Vorteile. Zunächst lassen sich, wenn man von der Art der Tatbestandskonstruktion ausgeht, zwanglos sämtliche im GWB vorhandene Strafbestimmungen in Gruppen zusammenfassen, da die Art des Einteilungsmaßstabes gewissermaßen empirischer Natur ist und somit erlaubt, auch Zwischenformen und Einzelercheinungen einzuordnen. Zum zweiten bietet diese Einteilung von vornherein einen Zusammenhang mit strafrechtlichen Grundfragen, die sich bei dieser Betrachtungsweise zum Teil geradezu aufdrängen (wie etwa der Bestimmtheitsgrundsatz oder die Irrtumsproblematik). Nicht zuletzt erschließt diese Einteilung den Zugang zu den Problemen der Praktikabilität der Strafbestimmungen, indem die Straftatbestände von vornherein auch nach ihrem Verhältnis zur zugrundeliegenden Regelungsmaterie eingruppiert werden und insbesondere durch die Unterscheidung originäre Strafnorm / Zuwiderhandlung gegen Verwaltungsverfügung auch die praktischen Spannungen bei der Verwirklichung des GWB teils durch die Kartellbehörden, teils durch die Gerichte immer im Blickfeld bleiben.

29) WuW 1960, S. 825 f.

Deshalb taucht diese Einteilung auch immer dann in der Literatur auf, wenn sie sich den praktischen, verfahrensrechtlichen Fragen der Anwendung des Kartellrechts zuwendet³⁰.

30) Vgl. KÖHLER, VerwArch 1963, S. 266, 281 ff.; RAISCH, ZfdgHR 1966, S. 165 ff. (169)

§ 5 Die Gruppe der eigenständigen, nicht an vorausgegangene Verwaltungsakte gebundenen Tatbestände

I. Der Tatbestand des § 38 I Nr. 1 als Hauptfall dieser Gruppe

Tatbestände, die ähnlich wie diejenigen des Strafgesetzbuches unmittelbar die wirtschaftlichen Sachverhalte und Vorgänge erfassen und mittels ihrer Tatbestandsmerkmale die strafrechtlich relevanten Vorgänge herausfiltern, ohne daß eine Erfassung eines bestimmten Sachverhalts durch eine verwaltungsrechtliche Verfügung der Kartellbehörden vorausgeht, finden sich zunächst in § 38 I Nr. 1 und § 38 II GWB.

In § 38 I Nr. 1 wird mit einer Geldbuße bedroht, wer sich über die Unwirksamkeit eines Vertrages oder Beschlusses hinwegsetzt, der nach den §§ 1, 15, 20 Abs. 1, §§ 21, 100 Abs. 1 Satz 3, 103 Abs. 2 oder § 106 unwirksam ist. Zweck dieses Tatbestandes ist es, den gesamten Bereich des kartellrechtlichen Verbotsprinzips zu erfassen, also den Bereich, in dem sich die Mißbilligung bestimmter Verhaltensweisen kraft Gesetzes ergibt, ohne daß eine behördliche Verfügung mit konstitutiver oder deklaratorischer Wirkung die Tatsache des Verstoßes feststellen müßte. Auf dem Gebiet des Verbotsprinzips fehlt es den Kartellbehörden (abgesehen von den Ausnahmebereichen der §§ 2 ff.) an verwaltungsrechtlichen Ermächtigungen zu Verfügungen. Hier stehen also lediglich die Bußgeldtatbestände zur Wahrnehmung der behördlichen Aufgaben zur Verfügung¹.

Der Bußgeldtatbestand des § 38 I Nr. 1 bezieht sich infolge der vom Gesetzgeber auch hier angewandten Verweisungstechnik

1) MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 1 ff.; MAYER-WEGELIN in: Gemeinschaftskommentar § 38 Rdn. 10 ff.; STRICKRODT, WuW 1960, 825 f.

auf eine ganze Reihe von Bestimmungen des materiellen Kartellrechts, denen gemeinsam ist, daß sie die Unwirksamkeit bestimmter Verträge oder Beschlüsse statuieren. Da diese Einzelbestimmungen von der kartellrechtlichen Literatur eingehend behandelt werden, soll hier für die Würdigung aus strafrechtlicher Sicht nur einer dieser Fälle beispielhaft hervorgehoben werden. Hierzu bietet sich die Unwirksamkeit nach § 1 GWB besonders an, weil dieser Paragraph schon rein praktisch gesehen den größten Anwendungsbereich besitzt und, wie ein Blick in die kartellrechtliche Literatur bestätigt, in der Auslegung die größten Schwierigkeiten bereitet².

II. Die Tatbestandsmerkmale des § 38 I Nr. 1 i.V.m. § 1

Infolge der Verweisungstechnik ist es zunächst notwendig, aus § 38 I Nr. 1 und § 1 GWB den Bußgeldtatbestand "zusammenzulesen". Dieser würde etwa folgendermaßen lauten: "Mit Geldbuße belegt wird, wer sich darüber hinwegsetzt, daß Verträge, die Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schließen, und Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen unwirksam sind, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen".

Zu den Tatbestandsmerkmalen, die schon § 38 I Nr. 1 enthält, nämlich das "Hinwegsetzen", die "Unwirksamkeit" und die "Verträge", kommen also noch die weiteren Merkmale hinzu, die sich aus § 1 ergeben und die erst klarstellen, welche Verträge gemeint sind und wann sie unwirksam sind: also die Merkmale "Verträge von Unternehmen" und "Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung". Diese Merkmale sollen zunächst dargestellt werden, da sie für das ganze Kartellrecht und vor allem für die Bußgeldtatbestände von grundlegender Bedeutung sind (wobei die Darstellung sich auf die Merkmale beschränkt, die wesentliche strafrechtliche Probleme mit sich bringen).

2) MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 10 ff.; LANGEN, § 1 Rdn. 1 ff.; RASCH-WESTRICK § 1 Rdn. 1 ff.

1.) Verträge von Unternehmen

Schon das Merkmal des "Vertrags" hat in der kartellrechtlichen Literatur zu heftigen Auseinandersetzungen geführt. Es geht dabei um die Frage, welche der vielfältigen in der Praxis des Wirtschaftslebens vorkommenden Absprachen, Abstimmungen, Übereinkünfte, Vereinbarungen u.ä. mit dem Merkmal Vertrag erfaßt werden können³. Dabei geht es im wesentlichen um die folgenden drei Fallgruppen:

Absprachen, bei denen sich ein Beteiligter zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet oder die vertragliche Verpflichtung eines anderen zu einem bestimmten Verhalten entgegennimmt;

Absprachen, bei denen ein Beteiligter sich selbst zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet oder die Verpflichtung eines anderen zu einem derartigen Verhalten entgegennimmt, ohne daß die Beteiligten beabsichtigen, einen rechtlich verbindlichen "Vertrag" zu schließen;

Absprachen, bei denen keiner der Beteiligten sich selbst oder einen anderen zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet⁴

Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur herrscht zunächst darüber, daß Anknüpfungspunkt des kartellrechtlichen Vertragsbegriffs der zivilrechtliche Vertragsbegriff sei, d.h. daß übereinstimmende Willenserklärungen gefordert werden, die darauf gerichtet sein müssen, die Beteiligten rechtlich zu binden⁵. Dazu werden von der Literatur auch "Verträge" gerechnet, die zwar rechtliche Bindungen herbeiführen sollen, bei denen sich die Beteiligten aber darüber einig sind, daß aus einer Zuwiderhandlung gegen Vertragsbestimmungen entstehende zivilrechtliche Ansprüche aus Vertragsverletzung nicht geltend gemacht werden sollen⁶. Diese Beschränkung auf den zivilrechtlichen Vertragsbegriff, die die Nichterfassung aller Absprachen u.ä. ohne rechtlichen Bindungswillen mit sich bringt, wird insofern als richtig und auch ausreichend bezeichnet, als

3) REINHART S. 25

- 4) Dargestellt bei REINHART S. 25 in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung, vgl. etwa MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskomentar § 1 Rdn. 10 ff.; MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 1 Rdn. 60 ff.
- 5) So der BGH im sog. Teerfarbenurteil BGHSt 24, 54 ff. (61 f.); MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskomentar § 1 Rdn. 12; MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 1 Rdn. 64; Frankfurter Kommentar § 1 Rdn. 7; REINHART S. 26 f. m.w. Nachw.
- 6) MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskomentar § 1 Rdn. 12

es um die Bestimmung des § 1 GWB mit seiner Unwirksamkeitserklärung geht, denn was schon nach dem Willen der Vertragsparteien keine rechtliche Wirkung haben soll, braucht nicht noch außerdem durch gesetzliche Anordnung für unwirksam erklärt werden⁷. Diese Ansicht ist befriedigend, soweit es um den zivilrechtlichen Schutz Beteiligter oder Betroffener geht: wer sich an einen echten Kartellvertrag nicht halten will, ist durch die gesetzliche Unwirksamkeitsanordnung vor Rechtsfolgen wie Vertragsstrafen o.ä. geschützt; wer sich nicht an eine unverbindliche Absprache hält, hat ohnehin keine Rechtsfolgen zu gewärtigen.

Die Schwierigkeiten beginnen dort, wo das Merkmal "Vertrag" aus § 1 zum Tatbestandsmerkmal des Bußgeldtatbestandes in § 38 I Nr. 1 wird. Denn hier geht es nicht mehr um die Frage des Schutzes vor zivilrechtlichen Rechtsfolgen oder um die verwaltungsrechtliche Klärung, welche Kartellverträge im Verhältnis des Verbotstatbestandes des § 1 zu den Ausnahmetatbeständen der §§ 2 ff. unwirksam sind, sondern hier kommt es darauf an, mit dem Mittel des Bußgeldtatbestandes die unzulässigen Kartelle und Absprachen wegen ihrer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung zu bekämpfen. Daß dieser Zweck des Bußgeldtatbestandes nur sehr beschränkt erreicht werden kann, wenn man das Merkmal "Vertrag" entsprechend dem zivilistischen Vertragsbegriff auslegt, ist leicht einzusehen, da dann der ganze Bereich der Absprachen ohne rechtlichen Bindungswillen (oft unscharf als sog. gentlemen-agreements bezeichnet) trotz der ebenso wie bei Verträgen vorhandenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkung aus dem Tatbestandsbereich herausfällt. Da aber nach der Systematik des GWB den Kartellbehörden auf dem Gebiet des Verbotsprinzips nur in den Ausnahmereichen der legalisierten Kartelle (§§ 2 ff. GWB) verwaltungsrechtliche Befugnisse zur Bekämpfung von gesetzwidrigem Verhalten zu Gebote stehen, bleiben sie für den ganzen Bereich der "illegalen" Wettbewerbsbeschränkung auf die Bekämpfung mittels des Bußgeldtatbestandes angewiesen. Daraus erklärt sich das Bestreben der Literatur,

7) MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 12; vgl. auch MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 1 Rdn. 64, § 38 Rdn. 10

durch Ausdehnung des Vertragsbegriffs nicht nur die auf Verträgen beruhenden, sondern auch möglichst weitgehend die übrigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen zu erfassen.

Die Rechtsprechung des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs ist jedoch in ihrer neuesten Entscheidung, dem sog. Teerfarbenurteil⁸, diesen Bestrebungen deutlich entgegengetreten. Der BGH betont, daß zum Vertrag i.S. des § 1 GWB eine Einigung durch übereinstimmende Willenserklärungen nach den allgemeinen Regeln des BGB gehöre, und wendet sich ausdrücklich (unter Hinweis auf das strafrechtliche Analogieverbot) gegen eine erweiternde Auslegung des Vertragsbegriffs in der Richtung, daß unter Verzicht auf das Merkmal der Einigung auch andere Formen des bewußt gleichförmigen Verhaltens erfaßt und nach § 38 I Nr. 1 unter Buße gestellt werden. Dieses Urteil hat jedoch bereits heftige Kritik hervorgerufen. RAISER^{8a} wirft dem BGH Ungenauigkeiten und Inkonssequenzen in der Urteilsbegründung vor und ist der Ansicht, daß nach den Grundansätzen dieser Entscheidung die gentlemen agreements mit in den Vertragsbegriff einbezogen werden müßten. Auch dieses Urteil scheint demnach nicht geeignet, den Streit über die Auslegung des Merkmals "Vertrag" in § 1 GWB zu beenden.

Aus der Vielzahl der bisherigen Lösungsversuche der Literatur sollen hier nur etliche herausgegriffen werden (wobei es weniger auf die Bedeutung und die allgemeine Anerkennung der jeweiligen Ansicht als auf die Eigenart der Erweiterungskonstruktionen und deren Konsequenzen für den Bußgeldtatbestand ankommt); im übrigen kann auf die Zusammenstellung bei REINHART⁹ verwiesen werden. LUKES definiert den Kartellvertrag von vornherein nicht entsprechend der zivilistischen Vertragslehre, sondern sieht

8) BGHSt 24, 54 ff. (61 f.)

8a) JZ 1971, 394 ff.; vgl. auch SCHMIDT, ZfdgHR 1971 (Bd. 135), 195 f.

9) S. 28 ff.

in ihm seinem Wesen nach eine unverbindliche, lediglich auf die Reflexwirkungen gegenüber Außenstehende gerichtete Vereinbarung¹⁰. Da aber nach dieser Auffassung jedes bewußte, auf ausdrücklicher oder stillschweigender Willensübereinstimmung beruhende gleichförmige Verhalten unter den Vertragsbegriff fiele, hat die kartellrechtliche Literatur diese Ansicht nahezu einhellig abgelehnt¹¹.

LANGEN geht davon aus, daß die Auslegung des Begriffs Vertrag für § 1 gesondert erfolgen müsse, und daß für den Bußgeldtatbestand des § 38 I Nr. 1 ein anderer Begriff zugrunde zu legen sei. Er beschränkt den Vertragsbegriff des § 1 auf die echten zivilrechtlichen Verträge und nimmt noch diejenigen Verpflichtungen hinzu, die unklagbar, aber erfüllbar und durch Bürgschaft, Pfandstellung oder Garantie sicherbar seien¹². Für die sog. gentlemen-agreements, also Vereinbarungen, die nicht auf Grund der Rechtsbindung, sondern durch tatsächliche Umstände wie Furcht vor Repressalien, Solidaritätsgefühl u.a.m. wirksam werden, schließt er den Vertragsbegriff aus. Trotzdem sollen diese Vereinbarungen unter den Tatbestand des § 38 I Nr. 1 fallen, da sie eine Art Umgehung darstellen und sich nach dem Sinn und Zweck des GWB aus dem strafrechtlichen Verbot des "Sichhinwegsetzens" ein zivil- und verwaltungsrechtliches Verbot der Umgehung annehmen lasse, das dann zu § 1 hinzutritt und mit § 38 I Nr. 1 strafbewehrt ist¹³.

Eine andere Auffassung, die man wohl als herrschende Meinung bezeichnen kann¹⁴, erreicht dasselbe Ziel, nämlich Erfassung

10) Kartellvertrag S. 170, 281

11) MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 12 m. weit. Nachw.

12) LANGEN § 1 Rdn. 23, 24; vgl. dazu krit. ULMER, WuW 1962, 15; BENISCH, DB 1957, 789

13) LANGEN § 1 Rdn. 25

14) MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 12; BAUMBACH-HEFERMEHL § 1 GWB Anm. 19, 21; EHLE, Umgehung S. 91; eingehende Darstellung bei REINHART S. 40 f. m.w. Nachw.

der Absprachen ohne Bindungswillen mit dem Bußgeldtatbestand mit Hilfe einer erweiternden Auslegung des Begriffes Vertrag. Die Rechtfertigung wird darin gesehen, daß diese rechtlich unverbindlichen Absprachen mit tatsächlicher Bindungswirkung in ihrer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung den echten Kartellverträgen gleich zu bewerten seien. Wegen dieser Gleichheit der sozialen Funktion seien diese Vereinbarungen auch im Rahmen des Bußgeldtatbestandes gleichzubehandeln. Es wird als widersinnig angesehen, wenn der Gesetzgeber Vereinbarungen unterschiedlich behandeln wollte, je nach dem, ob sie die Unwirksamkeit gemäß § 1 nur in Kauf nehmen, oder ob diese Unwirksamkeit aus andern Motiven (also nicht wegen § 1) beabsichtigt ist¹⁵. Mit dieser Auffassung wird zugegebenermaßen zunächst für den Bußgeldtatbestand im Interesse der möglichst umfassenden Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen der Begriff Vertrag in einem "von der klassischen Definition abweichenden, weiter reichenden Sinn verwendet". Im Interesse einer "systematisch befriedigenden Lösung" wird dann diese Erweiterung auch für die Bestimmung des § 1 übernommen¹⁶.

Ein weiterer Lösungsvorschlag stammt von REINHART¹⁷. Er greift auf das Rechtsinstitut der Lehre vom Widerspruch gegen das entgegenstehende Verhalten (*protestatio facto contraria*), kurz: "Verwahrung" zurück. Mit diesem Rechtsinstitut lösen RG und Zivilrechtsliteratur die Fälle, in denen ein Beteiligter eine Leistung in Anspruch nimmt und dabei ausdrücklich erklärt, daß seinem Verhalten keine rechtsgeschäftliche Wirkung zukommen soll¹⁸. Einem solchen schlüssigen Verhalten wird die Wirkung einer Willenserklärung dadurch beigelegt, daß die Verwahrung gegen die Unterstellung eines Rechtsbindungswillens als unbeachtlich angesehen wird. Dabei handle es sich nicht um eine Erweiterung über den klassischen Vertragsbegriff hinaus, sondern nur um eine zulässige Korrektur desselben¹⁹. Diese Lehre wird auf die kartellrechtlichen Absprachen ohne Rechtsbindungswillen angewendet: Wenn die Beteiligten sich im Ver-

15) MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 12

16) Vgl. Anm. 15

17) S. 35 ff.

18) Nachweise bei REINHART S. 35 Anm. 52, 53

19) REINHART S. 35

trauen auf die tatsächliche Bindungswirkung (durch Solidaritätsgefühl, geschäftlichen Druck usw.) im außerrechtlichen Raum der Vertragstypen bedienen, bei deren Durchführung innerhalb der Rechtsordnung Sanktionen zu erwarten sind, und sich dabei dagegen verwahren, daß ihrem Verhalten rechtsgeschäftliche Wirkung beigelegt wird, so muß diese Verwahrung als mit ihrem wirklichen Verhalten im Widerspruch stehend unbeachtlich sein. Damit wird dann die gewollte außerrechtliche Bindung zur rechtlichen und damit die vertragsähnliche Vereinbarung zum Vertrag im Sinne des Zivilrechts und damit auch im Sinne des Kartellrechts²⁰. Daraus wird gefolgert, daß von den sog. gentlemen-agreements, den Vereinbarungen mit tatsächlicher Bindung, diejenigen vom Vertragsbegriff erfaßt werden, bei denen die Parteien bewußt auf die rechtliche Bindung verzichten, um der Sanktionsdrohung des GWB zu entgehen²¹. Eine weitere, wichtige Ansicht, deren Hauptvertreter SANDROCK und ULMER sind^{21a}, nimmt in diesem Rahmen eine gewisse Sonderstellung ein, da sie den gentlemen-agreements nicht über die Erfassung mit § 1 GWB, sondern auf anderem Wege beikommen will. Sowohl die eigenständige Auslegung des § 1 GWB durch LUKES als auch die erweiternde Auslegung des Merkmals "Vertrag" und die Erfassung mittels eines allgemeinen Umgehungsverbots werden von dieser Auffassung unter Hinweis auf das straf- und ordnungswidrigkeitsrechtliche Analogieverbot abgelehnt. Vielmehr seien die gentlemen-agreements als gegenseitige Empfehlungen zu einem gleichförmigen Verhalten aufzufassen und fielen damit in den Bereich des Bußgeldtatbestands des § 38 II 2 GWB. Diese Vorschrift behandle an sich nur den Fall, daß der Empfehlende unabhängig von einer Empfehlung, die ihm von einem anderen zugeht, selbst eine Empfehlung ausspricht, die eine Umgehung durch gleichförmiges Verhalten bewirkt hat. § 38 II 2 GWB setze also keine Willensübereinstimmung zwischen zwei oder mehreren Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe voraus. Einigen sich nun solche Unternehmen im Wege des gentlemen-agreements auf ein bestimmtes, gleichförmig zu verfolgendes Marktverhalten, so schließe diese

20) REINHART S. 35 f.

21) REINHART S. 36; ähnlich MESTMÄCKER, BB 1968, 1297

21a) SANDROCK, S. 247 ff. (261 ff.); ULMER, WuW 1962, 3 ff. (15 ff.)

Willensübereinstimmung jedoch das Vorhandensein einer Empfehlung auf beiden Seiten nicht aus, da jedes gentlemen agreement begrifflich eine gegenseitige Empfehlung enthalte. Auch die Auslegung sonstiger Merkmale des § 38 II 2 stünden dieser Auffassung nicht im Wege.

Allen diesen Lösungsvorschlägen (mit Ausnahme des zuletzt genannten) ist gemeinsam, daß sie im Interesse der Erfassung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen mit dem Bußgeldtatbestand Konstruktionen bilden, die von eben diesem Zweck her bestimmt sind und bei nur zivil- und verwaltungsrechtlicher Betrachtung des § 1 GWB nicht erforderlich wären. Das Unbehagen über diese Divergenz zwischen materiellem Kartellrecht (§ 1) und Ordnungswidrigkeitsrecht wird denn auch verschiedentlich deutlich zum Ausdruck gebracht²². Ob sich die Literatur von der Stellungnahme gegen diese Divergenzen im Teerfarbenurteil des BGH beeinflussen läßt, ist noch nicht abzusehen.

Auf die Auslegung des Begriffs "Unternehmen" soll hier nicht näher eingegangen werden, da sich hierzu in der Literatur eine einigermaßen einheitliche und feststehende Meinung gebildet hat²³.

2.) Das Merkmal "unwirksam nach §§ 1 ..."

Auch bei diesem Tatbestandsmerkmal gibt es in der Literatur erhebliche Differenzen hinsichtlich seines Wirkungsbereiches. Die überwiegende Meinung geht dahin, daß die Unwirksamkeit nach § 1 (als Beispiel) sich nicht auf den Bereich der unheilbar unwirksamen Verträge beschränkt, sondern den ganzen Bereich der Ausnahmetatbestände mitumfaßt. Unwirksam nach § 1 sollen also auch sämtliche wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen sein, die an sich nach den Ausnahmebestimmungen der §§ 2 ff. durch Erlaubnis oder Anmeldung legalisiert werden können, wenn entweder der Erlaubnisantrag oder die Anmeldung noch nicht eingereicht sind oder die Erlaubnis verweigert wurde oder ein Widerspruch erfolgt ist²⁴. Diese Auffassung hat eine erhebliche Ausweitung des Anwendungsbereiches des Bußgeldtatbestandes zur Folge dahingehend, daß sämtliche wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen vom Tatbe-

22) MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 12; MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 10 a.E.

23) Vgl. MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 2 ff.; LANGEN § 1 Rdn. 2 ff.

24) Vgl. MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar § 38 Rdn. 10; MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 13; LANGEN, § 38 Rdn. 2

stand erfaßt werden und die an sich legalisierbaren Sachverhalte nur dann ausgeschieden werden, wenn die formalisierten Voraussetzungen für die Wirksamkeit bereits erfüllt sind.

Abgesehen davon, daß diese weite Auslegung an sich schon geeignet ist, Rechtsunsicherheit hervorzurufen, läßt sich noch ein weiteres, schwerwiegenderes Bedenken anführen: Mit dieser Ansicht werden im Anwendungsbereich des Bußgeldtatbestandes zwei ihrem Unrechtsgehalt nach völlig verschiedene Verhaltensweisen zusammengebracht. Hauptzweck des Bußgeldtatbestandes ist die Durchsetzung des grundsätzlichen Verbots derjenigen Wettbewerbsbeschränkungen, die vom Gesetz als schädlich für die Volkswirtschaft angesehen werden und die deshalb einer Legalisierung nicht zugänglich sind. Ein damit vergleichbarer Unrechtsgehalt ist aber nicht gegeben, wenn die Parteien einer Vereinbarung, die in allen Merkmalen einem der Ausnahmetatbestände entspricht und damit vom Gesetz als zulässige Wettbewerbsbeschränkung angesehen wird, es lediglich versäumen, die für die Anerkennung aufgestellten formalisierten Voraussetzungen zu erfüllen, also den Erlaubnisantrag zu stellen oder die Anmeldung einzureichen und gegebenenfalls den Ablauf der Widerspruchsfrist abzuwarten. Sicherlich hat das Gesetz aus technischen Gründen hier der Erlaubnis oder Anmeldung nicht nur deklaratorische Bedeutung beigemessen, sondern die Wirksamkeit eben von diesen Formalien konstitutiv abhängig gemacht; das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich doch der Sache nach um zulässige und vom Gesetz gebilligte Wettbewerbsbeschränkungen handelt. Der Unrechtsgehalt der Nichterfüllung dieser Formalien würde sich weit besser in einem Tatbestand der Verletzung der Anmeldepflicht erfassen lassen, wie er beispielsweise in § 39 I Nr. 2 für den Fall der unterlassenen Anmeldung nach § 9 II 3 vorgesehen ist. Die Miterfassung dieser Sachverhalte durch § 38 I Nr. 1 bedeutet deshalb einen systematischen Bruch und sprengt die einheitliche Inhaltsbestimmung dieses Bußgeldtatbestandes. Dieses Bedenken wird auch nicht dadurch ausgeräumt, daß

in diesen Fällen von einer Bestrafung abgesehen werden könnte, und zwar in analoger Anwendung der Überlegung, die bei Verstößen gegen gerichtliche Unterlassungsbefehle (§ 870 ZPO) dazu führt, von Bestrafung abzusehen, wenn der zugrundeliegende Titel zwischenzeitlich aufgehoben wurde²⁵. Hierbei handelt es sich lediglich um eine Hilfskonstruktion, die den systematischen Bruch nicht heilt, sondern nur seine mißlichen Folgen verhindert.

Die von REINHART²⁶ mit sehr eingehender und überzeugender Begründung aus strafrechtlicher Sicht unter dem Blickwinkel des Bestimmtheitsgebots²⁷ vorgetragene Ansicht, in den Fällen der Ausnahmetatbestände ergebe sich die Unwirksamkeit nicht aus § 1, sondern aus der jeweiligen Ausnahmeregelung selbst, würde zu einer weit klareren Inhaltsbestimmung führen, nämlich eben dazu, daß vom Bußgeldtatbestand nur die nicht legalisierbaren Verhaltensweisen erfaßt würden, wozu selbstverständlich auch die Fälle zählen, in denen nach Durchführung eines Anmelde- oder Erlaubnisverfahrens durch rechtskräftigen Widerspruch oder Erlaubnisverweigerung die Nichtlegalisierbarkeit feststeht²⁸.

Diese die strafrechtlichen Belange in zutreffender Weise berücksichtigende Auffassung wird jedoch von der kartellrechtlichen Literatur weitgehend übergangen²⁹ oder allenfalls als "a.M." zitiert³⁰.

An dieser Stelle zeigt sich wiederum deutlich der Nachteil der kartellrechtlichen Bußgeldtatbestände, nämlich ihre Konzeption als Anhang und sekundäres Durchsetzungsmittel der materiellen Kartellrechtsregeln: die Fassung der Tatbestände schließt sich mittels Verweisung dem materiellen Kartellrecht

25) Frankfurter Kommentar § 38 Rdn. 26 schlägt diesen Ausweg vor.

26) S. 49 ff.

27) S. 49

28) REINHART S. 53 f., 63 f.

29) Vgl. die Erläuterungen zur Unwirksamkeit bei MÜLLER-GRIESLER § 1 Rdn. 93 ff. und § 38 Rdn. 13; LANGEN § 1 Rdn. 97 ff., § 38 Rdn. 2; MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 61 ff.; MAYER-WEDELIN in: Gemeinschaftskommentar § 38 Rdn. 10

30) Frankfurter Kommentar § 38 Rdn. 25 ff. (27)

an, ohne daß darauf geachtet wird, ob die einzelnen Bußgeldtatbestände in sich sinnvoll und geschlossen sind.

3.) Das Merkmal des "Sichhinwegsetzens"

Der Begriff des "Sichhinwegsetzens" kennzeichnet - wenn auch äußerst farblos³¹ - die eigentliche Tathandlung des Bußgeldtatbestandes des § 38 I Nr. 1. Die Bestimmung des § 1, deren Merkmale mit zum Tatbestand des § 38 I Nr. 1 gehören, bringt für sich allein noch kein Verbot, dessen Übertretung die Tathandlung darstellen könnte. Der dort beschriebene Abschluß eines bestimmten Vertrags ist nicht verboten. Das Verbot ergibt sich vielmehr aus dem Zusammenlesen des Straftatbestandes aus § 38 I Nr. 1 mit § 1. Erst eine bestimmte Verhaltensweise, die zeitlich vom Abschluß des unwirksamen Vertrags getrennt ist und in ihm seinen Ausgangspunkt findet, wird vom Gesetz verboten und mit Bußgeld bedroht. Diese Verhaltensweise bezeichnet das Gesetz mit dem Begriff des "Sichhinwegsetzens"³².

Die kartellrechtliche Kommentarliteratur zu diesem Begriff ist wenig ausführlich. Sie betont idR, daß der Begriff des "Sichhinwegsetzens" der Kartellverordnung von 1923 (§ 17) entstammt, und verweist dann darauf, daß unter deren Herrschaft der Begriff einer Klärung nicht zugeführt werden konnte³³. Anschließend folgt dann meist der Hinweis auf die Rechtsprechung des Kartellsenats des BGH, der unter Hinwegsetzen "jedes Handeln, das der Durchführung der unwirksamen Absprache dient, also jede Tätigkeit, die darauf abzielt, dem kraft Gesetz nichtigen Vertrag gleichwohl Geltung zu verschaffen" versteht³⁴. Eine weitere Klärung erfolgt nicht³⁵.

31) TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 62

32) Vgl. MAYER-WEDELIN in: Gemeinschaftskommentar § 38 Rdn. 10; MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 11; LANGEN § 38 Rdn. 2; Frankfurter Kommentar § 38 Rdn. 13; eingehend REINHART S. 92 m.w. Nachw.; EHLE WuW 1963, 973

33) Vgl. nur MAYER-WEDELIN in: Gemeinschaftskommentar § 38 Rdn. 10 a. A.; LANGEN § 38 Rdn. 2; MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 11; RASCH-WESTRICK § 38 Rdn. 5

34) BGH WuW/E BGH 352 (Null-Preis II); vgl. auch die Entscheidungen WuW/E BGH 269 und 281 sowie BGH WuW/E BGH 369

35) Vgl. die in Anm. 33 Genannten

Entsprechendes gilt für die sonstige kartellrechtliche Literatur, die diese Frage öfters, aber meist nur am Rande, erwähnt und dabei zu vielfältigen, aber im Grunde auch nicht aussagekräftigeren Definitionen kommt³⁶.

REINHART, der sich mit dieser Frage näher befaßt, geht auf den Zweck der Norm des § 38 I Nr. 1 zurück. Er geht davon aus, daß der Tatbestand die Aufgabe habe, eine durchsetzbare rechtliche Bindung der Beteiligten nicht entstehen zu lassen oder wieder aufzuheben. Zweck der Norm ist dann die Vereitelung eines Verhaltens, das diese gesetzliche Entscheidung mißachtet und sich damit gegen die Belange der Gesamtwirtschaft und gegen das Allgemeinwohl richtet. Diese mögliche Störung der Gesamtwirtschaft und die dadurch drohende Schädigung der Allgemeinheit verleihe dem Verhalten den Unrechtscharakter³⁷. Die Mißachtung erfolgt nun dadurch, daß die Betroffenen "die Entscheidung des Gesetzes, eine wirksame rechtliche Bindung nicht entstehen zu lassen, für ihr Handeln nicht als wirksam betrachten und sich so verhalten, als wären sie aufgrund ihrer (unwirksamen) Vereinbarung verpflichtet worden. Die Betroffenen unterstellen (fingieren) die Wirksamkeit der Vereinbarung und damit das Bestehen einer wirksamen Bindung"³⁸. Das Zustandekommen dieser Fiktion soll der Tatbestand des § 38 I Nr. 1 durch die Abschreckung mittels der angedrohten Geldbuße verhindern. Damit wäre an sich die Bußgeldsanktion an das Vorhandensein dieser Unterstellung zu knüpfen gewesen. Da diese Anknüpfung an eine rein innere Tatsache sich aber in der Praxis als unbrauchbar erweisen würde, habe der Gesetzgeber die Bußgeldfolge daran gekoppelt, daß die Unterstellung beim Betroffenen sich in einem äußerlich faßbaren Akt konkretisiert. REINHART kommt dann zu folgender Definition:

Über die Unwirksamkeit eines Vertrages oder Beschlusses i.S. von § 38 I Nr. 1 setzt sich hinweg, wer die Unterstellung (Fiktion) des Bestehens einer wirksamen

36) Vgl. die zahlreichen Nachweise bei REINHART S. 88 ff.

37) REINHART S. 93 m. weit. Nachw. (wobei allerdings REINHART - noch ganz der hergebrachten Anschauung vom Verhältnis Straftaten-Ordnungswidrigkeiten verhaftet - nur den Charakter des "Verwaltungs"unrechts meint)

38) REINHART S. 93

Bindung in einem sich im Rahmen der (unwirksamen) Vereinbarung haltenden oder auf ihre Verwirklichung abzielenden Verhalten äußert³⁹.

Diese Definition enthält gleichermaßen objektive wie subjektive Elemente. Das äußerlich sichtbare Verhalten, in dem sich die Unterstellung einer Bindung äußert, muß verbunden sein mit dem subjektiven Merkmal, daß nämlich der Betroffene die Bindung unterstellt.

Damit gelangt man aber sogleich zu den Schwierigkeiten, die diese Definition für die Praxis mit sich bringt. Wer sich im Wirtschaftsleben nach Zustandekommen einer solchen Vereinbarung so verhält, wie es diese Vereinbarung vorsieht, oder sie sonst in irgendeiner Weise durchführt, muß das nicht unbedingt auf Grund der (unwirksamen) Zusage in der Vereinbarung tun. Vielmehr sind zahlreiche andere Motivationen denkbar, etwa auch die, daß es eben in der gegebenen Situation wirtschaftlich sinnvoll ist, sich so zu verhalten. Entscheidend ist nun, daß nach dieser Definition ein äußerlich sich im Rahmen der Vereinbarung haltendes oder auf ihre Verwirklichung abzielendes Verhalten nicht per se dem Bußgeldtatbestand unterliegt, sondern erst dann, wenn es subjektiv aus der Motivation der Unterstellung der wirksamen Bindung erfolgt; andernfalls ist es für den Tatbestand unbeachtlich. Damit aber wird - was REINHART durchaus sieht⁴⁰ - die Praktikabilität des Tatbestandes in Frage gestellt: Wenn die Kartellbehörden das Bestehen einer entsprechenden Vereinbarung und auch die Vornahme von sich in ihrem Rahmen haltenden oder auf ihre Verwirklichung abzielenden Handlungen nachweisen können, dann ist damit noch keine Grundlage für ein Bußgeld geschaffen: Zunächst muß noch den Beteiligten nachgewiesen werden, daß sie die Unwirksamkeit dieser Vereinbarung kannten, da für den Vorsatz bei § 38 I Nr. 1 allgemein Kenntnis von der Unwirksamkeit verlangt wird⁴¹. Angesichts der Kompliziertheit dieses Begriffs kann man sich

39) S. 94

40) S. 96; auch S. 98

41) Vgl. nur MAYER-WEGELIN in: Gemeinschaftskommentar § 38 Rdn. 10 a.E.; Frankfurter Kommentar § 38 Rdn. 39 je mit weit. Nachw.

ohne übermäßige Phantasie vorstellen, wie leicht es für den Betroffenen sein kann, sich auf Unkenntnis zu berufen. Zusätzlich ist der weitere Nachweis zu führen, daß das festgestellte äußere Verhalten auch noch auf der Mißachtung dieser Unwirksamkeit (=Unterstellung der Bindung) als Motiv beruht. REINHART selbst räumt ein⁴², daß bei geschickter Verteidigung der Nachweis der Ordnungswidrigkeit vor allem im subjektiven Bereich nicht mit der erforderlichen Sicherheit zu führen sein wird. Dabei ist noch besonders zu bedenken, daß es im Gebiet des Kartellrechts keineswegs um kleine, oft ungeschickte Kriminelle geht, sondern daß hier den Behörden und Gerichten wirtschaftlich erfahrene und juristisch bestens beratene Vertreter von Unternehmen bis hin zum Großkonzern gegenüberstehen, deren Geschicklichkeit bei der Verteidigung vor allem im Hinblick auf subjektive Tatbestandsmerkmale aus anderen Gebieten der Wirtschaftskriminalität hinreichend bekannt ist⁴³.

Andererseits ist dieses subjektive Merkmal notwendig, da ohne seine Anwendung schlechthin alle sich im Rahmen der Vereinbarung haltenden Verhaltensweisen ohne Rücksicht auf ihre Motivation dem Bußgeldtatbestand unterliegen würden, was wiederum zu einer uferlosen Ausdehnung führen müßte und letztlich darin gipfeln würde, mittels § 38 I Nr. 1 auch gesamtwirtschaftlich vernünftige und notwendige Verhaltensweisen ohne Rücksicht auf den Beweggrund des Unternehmers zu verbieten⁴⁴.

Angesichts der derzeitigen Fassung der kartellrechtlichen Bußgeldtatbestände wird man nicht umhin können, der von REINHART und FRANKFURTER KOMMENTAR vertretenen Auffassung zu folgen, so mißlich die Auswirkungen für die verfahrensrechtliche Seite sein mögen.

42) S. 96; ebenso Frankfurter Kommentar § 38 Rdn. 17, wo betont wird, daß die Beweisschwierigkeiten bei § 38 I Nr. 1 weit über diejenigen hinausgehen, denen sich die Strafrechtspflege normalerweise gegenüberstellt; vgl. auch SCHWARTZ, WuW 1967, 175 ff.

43) Vgl. TIEDEMANN in: TIEDEMANN (Hrsg.), Die Verbrechen in der Wirtschaft S. 16 f., 36 f.; GURSKI, ebenda S. 49 f., 52; BIETZ, ebenda S. 114 ff.; GEMMER, ebenda S. 85 ff.

44) REINHART S. 98; eingehend auch Frankfurter Kommentar, § 38 Rdn. 15, 16, der im übrigen als einziger Kommentar ausführlicher auf den Begriff des Hinwegsetzens eingeht und dabei zu ähnlichen Ergebnissen kommt wie REINHART (§ 38 Rdn. 12 ff.)

4.) Das Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung

Die gesetzliche Formulierung lautet: Eignung zur Beeinflussung der Erzeugung oder der Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs. Dieses Tatbestandsmerkmal bietet keine Handlungsbeschreibung irgendwelcher Art, sondern erfaßt normativ die Eigenschaften, die ein Vertrag besitzen muß, um im Rahmen des Bußgeldtatbestandes § 38 I Nr. 1 zum Ausgangspunkt des "Sichhinwegsetzens" zu werden. Dabei handelt es sich zweifellos um das schwierigste Tatbestandsmerkmal, da hier die tragenden Grundbegriffe des gesamten Wettbewerbsrechts, nämlich der Wettbewerbsbegriff und die Wettbewerbsbeschränkung als Bestandteile in den Bußgeldtatbestand aufgenommen sind. Diese Begriffe sind im Kartellrecht nach wie vor heftig umstritten und Gegenstand einer fast uferlosen Flut von Literatur. Eine Darstellung ist deshalb hier nur in Umrissen möglich.

Die besonderen Schwierigkeiten dieses Merkmals rühren daher, daß aus juristischer Sicht mit dem GWB Neuland betreten worden ist, indem hier wirtschaftliche Tatbestände kodifiziert wurden, die ihren Inhalt durch die Dynamik des Wirtschaftslebens erhalten und volkswirtschaftlich oft heftig umstritten sind⁴⁵. Die wirtschaftswissenschaftlichen Formelbegriffe können nicht unmittelbar als unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden, da sie als Leitbegriffe für die Wirtschaftspolitik und nicht als Rechtsbegriffe ausgebildet sind⁴⁶. Deshalb läßt sich der Begriff Wettbewerb im Sinne des GWB nicht durch "Anknüpfung an eindeutige, sozial vorgeformte empirische Begriffe" definieren⁴⁷. Vielmehr ist die Rechtswissenschaft gezwungen, sich bei dem Versuch einer Definition ein Bild von den relevanten Tatsachen des Wirtschaftsgeschehens zu verschaffen. Sie muß also mit dem Instrumentarium der

45) KLAUE in: Zehn Jahre Bundeskartellamt S. 249 ff. (250); vgl. auch GRIESBACH in: Zehn Jahre Bundeskartellamt S. 39 ff.; LANGEN, § 1 Rdn. 43 ff.; SCHMIDT, WuW 1966, 699 ff.; eingehend NEDELMANN S. 9 ff., 18 ff. (21); TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 60 f.

46) BULLINGER, VVdStRL H. 22 (1965) S. 292 f.

47) SANDROCK, Grundbegriffe S. 7

Wirtschaftswissenschaften arbeiten, die ihrem erkenntnis-theoretischen und methodologischen Wesen nach "eher den Naturwissenschaften zuzuordnen sind"⁴⁸. Dennoch besteht die Notwendigkeit, auch in diesem Bereich justitiable Rechtsbegriffe herauszubilden, schon aus dem Zwang, mit dem GWB zu arbeiten und in verwaltungsrechtlicher, zivilrechtlicher und strafrechtlicher Hinsicht zu rechtlich überprüfbaren Ergebnissen zu kommen⁴⁹.

Wesentlich für die rechtliche Erfassung des Begriffs der Wettbewerbsbeschränkung ist die Erkenntnis, daß es weder dem Gesetzgeber noch der Rechtsanwendung darum gehen mußte, eine Definition des "Wettbewerbs" aufzustellen. Vielmehr kommt es nur darauf an, im Bereich der einzelnen Normen des GWB - also hier bei §§ 1, 38 I Nr. 1 - aus dem Lebenssachverhalt "Wettbewerb" diejenigen Verhaltensweisen oder Zustände herauszudestillieren, die das Gesetz mit der jeweiligen Bestimmung anspricht⁵⁰.

Dennoch hat die Literatur in immer neuen Bemühungen versucht, eine allgemeine Definition des Wettbewerbs und der Wettbewerbsbeschränkung zu finden. KNÖPFLE⁵¹ stellt weniger auf den überpersönlichen Marktautomatismus und auf das individuelle Streben des Anbieters ab, sondern auf die Wahl- und Ausweichmöglichkeiten der Abnehmer zwischen mehreren Anbietern und auf die daraus resultierenden Wirkungsfaktoren, auf denen dann die für die Wirtschaft nützlichen Auswirkungen des Wettbewerbs beruhen. Diese Wirkungsfaktoren sind die Anforderungen und Schranken sowie die Risiken und Chancen, denen sich der Anbieter aussetzt, wenn der Abnehmer zwischen mehreren Anbietern wählen oder wenigstens vom einen auf den anderen ausweichen kann (wobei entsprechendes auch für den

48) MÜLLER-HENNEBERG, WuW 1968, 660

49) Vgl. MÜLLER-HENNEBERG, WuW 1968, 660 f.; BULLINGER, VVdStRL H. 22 S. 292 f.; V. KÖHLER, VerwArch 1963, 264 ff.; LUKES in: Böhm-Festschrift S. 199 ff.

50) Vgl. LANGEN, § 1 Rdn. 40 ff.; MÜLLER-HENNEBERG WuW 1968, 664 f.; LUKES in Böhm-Festschrift S. 201 ff.

51) WuW 1962, 159 ff.; vgl. auch MÜLLER-HENNEBERG WuW 1968, 664 f. und in: Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 19

umgekehrten Fall der Konkurrenz zwischen Abnehmern gilt). Weitere Definitionen finden sich bei BORCHARDT-FIKENTSCHER^{51a}: "Wirtschaftlicher Wettbewerb ist das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen", bei MÜLLER-GRIES-GIESSLER⁵²: "Unter Wettbewerb ist das Bestreben zu verstehen, durch eigene Handlungen einen Vorsprung gegenüber der Konkurrenz zu deren Lasten zu erringen, vor allem durch Erweiterung oder Erhaltung des bisherigen eigenen Lieferanten- oder Kundenkreises" oder bei SANDROCK⁵³: "Wirtschaftlicher Wettbewerb ist das selbständige Streben von Unternehmen nach Geschäftsabschlüssen mit Kunden oder Lieferanten, wenn das einzelne Unternehmen dabei in seinem Geschäftserfolg von dem Verhalten anderer, ihm als Einzelunternehmen oder als Gruppe zur Seite stehender Unternehmen (einseitig oder zweiseitig) fühlbar abhängig ist und wenn es sein marktstrategisches Verhalten deshalb nach dem Verhalten dieser anderen Unternehmen, zu denen auch potentielle Rivalen zu rechnen sind, ausrichten muß, indem es bei der Vornahme seiner Wettbewerbshandlungen zur Förderung des Absatzes/Bezuges (...) die entsprechenden Wettbewerbshandlungen der anderen Unternehmen berücksichtigt". Im Rahmen dieser Definitionen gibt es zahlreiche Varianten und verschiedenste Einzelmerkmale⁵⁴. Teilweise wird auch nicht das Bestreben als Ausgangspunkt genommen, sondern das tatsächliche Handeln oder Betätigen^{54a}. Diese Definitionen haben auch in die Praxis der Kartellbehörden und der Rechtsprechung Eingang gefunden. Dabei wird häufig die Willensbildung des Handelnden (die sich bei Wettbewerb ohne Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Entschließungsfreiheit und bei Wettbewerbsbeschränkungen unter Beeinträchtigung der Entschließungsfreiheit vollzieht)

51a) S. 15, 29

52) § 1 Rdn. 78

53) S. 129

54) Vgl. die umfassende Darstellung bei LUKES in: Böhm-Festschrift S. 202 ff.; BAUR, ZfdGHR 1970, 97 ff.

54a) MAYER-CORDING WuW 1962, 461 ff. (463); Frankfurter Kommentar § 1 Rdn. 20; MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 19

in den Vordergrund gestellt und das Verhalten als Betätigungsakt dieser Entschließungsfreiheit nicht besonders hervorgehoben^{54b}. Die Definition der Wettbewerbsbeschränkung wird dann jeweils aus der Definition des Wettbewerbs abgeleitet, wobei dann noch - je nach dem, wodurch die Beschränkung zustandekommt - zwischen Wettbewerbsbeschränkung durch Maßnahme und durch Zustand unterschieden wird⁵⁵. Diese Definitionstechnik hat in neuerer Zeit erhebliche Kritik erfahren. HOPPMANN^{55a} kommt aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht zu der Erkenntnis, daß die Wirtschaftswissenschaften mit dem ihnen zur Verfügung stehenden Instrumentarium nicht in der Lage sind, die Beeinträchtigungen des Wettbewerbs exakt zu bestimmen - was Voraussetzung für die Praktikabilität der vor genannten juristischen Definitionen wäre - und hält nur eine indirekte Definition für möglich: "Alle Handlungen, die Wettbewerbsfreiheit beschränken bzw. Marktmacht schaffen, sind unerlaubt, sofern die Marktmacht unangemessen (...) ist". Auch BAUR^{55b} kommt nach eingehender Auseinandersetzung mit den bisherigen Definitionsversuchen zum Ergebnis, daß es bis heute nicht gelungen sei, den Wettbewerb in der Wirklichkeit so zu präzisieren, daß er einen brauchbaren Maßstab für die Rechtsanwendung abgebe. Er meint, daß es für die Zwecke der Rechtsanwendung ausreiche, die für die jeweils in Frage kommende Norm relevanten Aspekte des Wettbewerbs und seine Funktionen zu ermitteln und daß deshalb die Suche nach einem einheitlichen Wettbewerbsbegriff überflüssig sei.

Wettbewerb im Sinne sämtlicher Begriffsbestimmungen setzt voraus, daß sich die konkurrierenden Unternehmen auf einem gemeinsamen Markt begegnen⁵⁶. Auch wiederholt sich das Problem

54b) Eingehende Darstellung m. zahlr. Nachw. bei LUKES in: Böhm-Festschrift S. 204 f.

55) BORCHARDT-FIKENTSCHE S. 30 ff. ; SANDROCK S. 231 ff.; SCHMIDT, ZfdgHR 1971 (Bd. 135), 193 ff.

55a) Zum Problem ... S. 9 ff., 24 ff.

55b) ZfdgHR 1970 (Bd. 134), 97 ff., 117 ff.. Damit wird nur erneut die Ansicht bestätigt, die bereits von den in Anm. 50 Genannten geäußert wurde.

56) Frankfurter Kommentar § 1 Rdn. 21; MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 19 a.E., 20

der Umsetzung der wirtschaftstheoretischen Begriffsinhalte in rechtlich faßbare Aussagen ähnlich wie beim Wettbewerbsbegriff⁵⁷.

Neben der Ansicht, der Begriff des Marktes sei nicht rechtlich zu erfassen, sondern habe auch im Rahmen des GWB die wirtschaftstheoretischen Begriffsinhalte⁵⁸, stehen Bestrebungen, einen eigenen juristischen Marktbegriff zu finden, die aber über Ansätze nicht hinausgekommen sind⁵⁹. Die Literatur und die Praxis sind vielmehr dazu übergegangen, den Markt nach einzelnen Abgrenzungskriterien zu bestimmen: Das sind vor allem die zeitliche und örtliche Begrenzung des Marktes sowie die gegenständliche Abgrenzung nach der Gleichartigkeit der betreffenden Güter⁶⁰. Besondere Schwierigkeiten bereitet die gegenständliche Abgrenzung, bei der es darauf ankommt, festzustellen, für welche Güter ein einheitlicher Markt besteht, welche Güter also derart untereinander austauschbar sind, daß man noch von einem gleichen Markt sprechen kann. Die Schwierigkeiten lassen sich an einfachen Beispielen zeigen, etwa wenn danach gefragt wird, ob ein einheitlicher Markt für neue und runderneuerte Autoreifen, für kleinere, mittlere und große Personenkraftfahrzeuge oder für Badewannen aus Gußeisen oder Stahlblech besteht⁶¹. Die Abgrenzung entbehrt daher im Einzelfall nicht der Willkür und kommt über zufällige Ergebnisse im Rahmen einer Kasuistik nicht hinaus⁶². Um diese Zufallsergebnisse zu vermeiden, werden weitere wirtschaftstheoretische Erkenntnisse wie die sog. Kreuzpreiselastizität der Nachfrage eingesetzt, um mit der Untersuchung einer gegenseitigen Beeinflussung der

57) LUKES in: Böhm-Festschrift S. 206 f.; Frankfurter Kommentar § 1 Rdn. 21; MEYER-CORDING WuW 1962, 464 f.

58) Vgl. SCHMIDT, WuW 1964, 120 ff.; BARNIKEL WuW 1961, 264 ff.; auch LUKES in: Böhm-Festschrift S. 207 f.

59) GÜNTHER, Relevanter Markt S. 3, 17 f.; dazu die Kritik bei LUKES in: Böhm-Festschrift S. 208

60) Dazu nur BARTHOLOMEYCZIK in: Gemeinschaftskommentar § 22 Rdn. 18 ff. und die Übersicht bei LUKES in: Böhm-Festschrift S. 208 ff.

61) KG WuW/E OLG 461; BKartA WuW/E BKartA 425 ff.

62) LUKES in: Böhm-Festschrift S. 209; vgl. auch BARTHOLOMEYCZIK in: Gemeinschaftskommentar § 22 Rdn. 21

Märkte zu einer Gesamtbeurteilung zu kommen⁶³. Auch wird - vor allem von der Praxis der Kartellbehörden - versucht, den Markt über das Verhalten von Personen und die Veränderung dieses Verhaltens zu bestimmen⁶⁴.

Eigentliches Tatbestandsmerkmal des Bußgeldtatbestandes ist erst die aus den eben umrissenen Begriffen abgeleitete Beschränkung des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt. Sie wird von der herrschenden Meinung wie folgt definiert: "Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn sich Unternehmen verpflichten, von der Freiheit zur wettbewerblichen Betätigung auf dem Markt nach eigenem Willen keinen oder nur begrenzten Gebrauch zu machen"⁶⁵. Daß diese Definition von geringem praktischem Wert für die tatbestandsmäßige Erfassung ist, zeigt schon ein Blick in die führenden Kommentare, die nach kurzem Eingehen auf die Definition und einigen allgemeinen Bemerkungen sofort dazu übergehen, mehr oder weniger kasuistisch die einzelnen tatsächlichen Möglichkeiten einer Beschränkung zu schildern⁶⁶ oder auf eine Definition im eigentlichen Sinne ganz verzichten und durch die Bildung von Fallgruppen aus Lebenssachverhalten (stufenartig von unbedenklichen Vorstufen der Beschränkung über unechte Beschränkungen, zulässige und erwünschte Beschränkungen zu dem § 1 unterfallenden Beschränkungen) an die Erfassung herangehen⁶⁷. Auf die Qualität und Bestimmtheit (Bestimmbarkeit) des Merkmals "Beschränkung des Wettbewerbs" als Bußgeldtatbestandsmerkmal wird damit schon vom Meinungsstreit der Kartellrechtsliteratur her ein sehr zweifelhaftes Licht geworfen.

63) BARTHOLOMEYCZIK in: Gemeinschaftskommentar § 22 Rdn. 24; auch LUKES in: Böhm-Festschrift S. 209 f.

64) Vgl. Darstellung und Nachw. bei LUKES in: Böhm-Festschrift S. 210 f.

65) MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 79; auch MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 29 ff.; vgl. auch NEDELMANN, S. 18 ff., der meint, man könne bis heute nicht einmal von einer herrschenden Meinung sprechen.

66) MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 29 ff., 32 ff.

67) LANGEN § 1 Rdn. 40 bis 92

5.) Das Merkmal der Eignung zur Beeinflussung der Marktverhältnisse

Zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeeinflussung besteht ein enger Zusammenhang, da es zum Wesen jeder Wettbewerbsbeschränkung gehört, daß es sich um marktbezogene Maßnahmen handelt, die ihrem Wesen nach geeignet sind, sich auf einen Markt auszuwirken. Insofern besitzt jede Wettbewerbsbeschränkung die abstrakte Eignung, die Marktverhältnisse zu beeinflussen⁶⁸. Diese abstrakte Eignung ist jedoch bei dem Tatbestandsmerkmal der "Eignung zur Beeinflussung" nicht gemeint. Hier geht es vielmehr um die konkrete Beeinflussung durch eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung unter Berücksichtigung der Marktstellung der beteiligten Unternehmen, der Art und des Inhalts der Vereinbarung und aller sonstiger Umstände gegenständlicher, örtlicher und zeitlicher Art⁶⁹. Die Marktverhältnisse werden umschrieben als Summe der Eigenschaften, die einem Markt das besondere Gepräge geben⁷⁰. Dazu gehört eine Fülle von Umständen tatsächlicher Art wie Größe, Qualität und Vielfältigkeit des Angebots, Zahl, Zusammensetzung und Seriosität der Anbieter, Wettbewerbs- und Werbungsintensität, Preise, Rabatte, Konditionen, Stärke der Nachfrage, Leistungskraft der Anbieter und Abnehmer, Absatzformen und Absatzwege, Zahl der abgeschlossenen und abgewickelten Geschäfte usw.⁷¹. Für die Frage der Beeinflussung ist maßgebend die Veränderung dieser tatsächlichen Gegebenheiten in der Auswirkung auf die Begrenzung der Alternativen der Marktpartner. Die Beeinflussung wird also von den Auswirkungen auf die nicht vertrags-

68) MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 52

69) BAUMBACH-HEFERMEHL § 1 GWB Anm. 25; Frankfurter Kommentar § 1 Rdn. 49; MAYER-CORDING WuW 1968, 461 ff. (470)

70) GÜNTHER, Relevanter Markt S. 18; MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 52

71) So BENKENDORFF WRP 1962, 148 unter Zust. der h. M.; vgl. LUKES in: Böhm-Festschrift S. 211

beteiligten Dritten (Geschäftspartner und Außenseiter) her erfaßt⁷². Die Schwierigkeiten, die dieses Merkmal dadurch verursacht, daß diese unübersehbare Vielzahl tatsächlicher Elemente gesammelt, gesichtet und bezüglich ihrer Veränderungen beurteilt werden müssen, vermehren sich noch durch die Frage, ob es auf den Grad der Beeinflussung ankommt. Auch hier werden die verschiedensten Meinungen vertreten. BENKENDORFF⁷³ geht davon aus, daß dieses Merkmal keine Elemente der Quantität oder Intensität enthält, so daß auch die leichteste Beeinflussung genügen würde. Andere⁷⁴ verlangen eine fühlbare oder spürbare Beeinflussung und meinen, daran fehle es, wenn die Wettbewerbsbeschränkung so geringfügig ist, daß die durchschnittlichen Marktteilnehmer ihr keine Beachtung schenken oder "wenn den Partnern auf der Marktgegenseite Ausweichmöglichkeiten in solchem Umfange bleiben, daß ihnen weder materielle Nachteile noch unzumutbare Unbequemlichkeiten entstehen". Daneben wird auch noch auf die quantitative Meßbarkeit der Beeinflussung abgestellt und mit dem Argument der Verschlechterung der Bedarfsdeckung operiert⁷⁵.

6.) Gegenstands- und Folgentheorie

Auch der Streit zwischen Gegenstands- und Folgentheorie hat für Inhalt und Wirkungsbereich des Bußgeldtatbestandes weitreichende Auswirkungen.

Die im Schrifttum herrschende Gegenstandstheorie besagt, daß eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 (und damit auch des § 38 I Nr. 1) nur vorliege, wenn die Vereinbarung die Wettbewerbsbeschränkung selbst zum Inhalt und Gegenstand habe⁷⁶. Demgegenüber läßt es die Folgentheorie genügen, wenn das, was vereinbart ist, nicht unmittelbar, aber mittelbar den Wettbewerb beschränkt⁷⁷, die Vereinbarung also,

72) LUKES, Kartellvertrag S. 163 ff., 288; MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 52 a.E.; LUKES in: Böhm-Festschrift S. 211 m. w. Nachw.

73) WuW 1962, 147

74) Frankfurter Kommentar § 1 Rdn. 37; MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 1 Rdn. 91

75) CROMME, WuW 1969, 601 ff. (605)

76) MÜLLER-HENNEBERG, WuW 1968, 667 f. und in: Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 31 mit zahlr. Nachw.

77) SANDROCK, Grundbegriffe S. 327 ff.

ohne selbst eine die Handlungsfreiheit der Beteiligten rechtlich oder tatsächlich beschränkende Verpflichtung herbeizuführen, Verhältnisse schafft, die geeignet sind, einen Marktzustand herbeizuführen, wie er sich als Folge einer Wettbewerbsbeschränkung ergeben könnte⁷⁸. Praktischer Anlaß für diese Streitfrage war die Tatsache, daß nach der herrschenden Gegenstandstheorie Einkaufs- oder Absatzgenossenschaften, wenn sie nicht zum ausschließlichen Bezug oder Absatz durch die Genossenschaften verpflichten, nicht unter § 1 fallen, dennoch aber durch entsprechendes Verhalten der Genossen erhebliche wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zeitigen können⁷⁹. Vor allem von volkswirtschaftlicher Seite wird die Gegenstandstheorie bekämpft - mit der Begründung, daß mit ihr aus formalistischen Gründen schwerwiegende wettbewerbsbeschränkende Folgen von bestimmten Vereinbarungen nicht erfaßt werden könnten und damit die wettbewerbspolitische ratio legis verfehlt würde⁸⁰. Es wird vorgeschlagen, mittels der Folgentheorie alle wettbewerbsrelevanten Kooperationsformen unter § 1 fallen zu lassen, dann aber die im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs erwünschten Formen der Zusammenarbeit zu legalisieren, "notfalls mit Hilfe einer Novellierung"⁸¹. In der neueren Diskussion um die Reform des GWB sprechen aber auch von juristischer Seite gewichtige Stimmen für eine Entwicklung in dieser Richtung. Besonders deutlich in dieser Richtung äußert sich die "Arbeitsgruppe Wettbewerbspolitik" im Bundeswirtschaftsministerium in ihrer Aufzeichnung vom 29.1.1968:

"Von seinem theoretischen Ansatz her spricht das Konzept eines funktionsfähigen, wirksamen Wettbewerbs⁸² für eine Neufassung des Kartellverbots Dabei

78) So die Darstellung bei MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 31

79) MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 31

80) SCHMIDT, WuW 1966, S. 717 f. mit Bezug auf KANTZENBACH; vgl. auch SCHMIDT, Wirtschaftsdienst 1969, 450 ff.

81) SCHMIDT, WuW 1966, 718

82) Vgl. oben § 1 II

käme teils eine Abmilderung, teils eine Verschärfung der geltenden Fassung in Betracht. Das Kartellverbot in § 1 GWB erfaßt zwar einerseits auch Bagatellfälle, geht aber andererseits nicht weit genug. Das beruht auf der gegenwärtig noch praktizierten Gegenstandstheorie. Sie besagt, daß das Kartellverbot eine vertragliche Wettbewerbsbeschränkung nur dann ergreife, wenn diese ausdrücklich Gegenstand, nicht aber nur Zweck oder Wirkung der fraglichen Vereinbarung sei. Dadurch wird der Verbotsbereich des § 1 GWB insofern sehr weit eingeengt. Eine Neufassung könnte klarstellen, daß jede Vereinbarung, die eine wesentliche Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt, unter das Verbot fällt. Durch eine Änderung des § 1 GWB dahin, daß unwesentliche Beschränkungen des Wettbewerbs vom Verbot ausgenommen werden, alle wesentlichen Beschränkungen aber vollständig erfaßt werden, könnte das Kartellverbot wettbewerbspolitisch sinnvoller gestaltet werden ... Allerdings müßte bei einer gesetzlichen Unterscheidung zwischen (verbotenen) wesentlichen und (nicht verbotenen) unwesentlichen Beschränkungen des Wettbewerbs mit Rechtsunsicherheit gerechnet werden. Es würde einige Zeit dauern, bis Kartellbehörden und Gerichte durch Musterentscheidungen das Verbot abgegrenzt hätten. Ein Vorteil wäre, daß die Kartellbehörden sich dann auf die wichtigsten Fälle konzentrieren und dadurch ihre Effizienz steigern könnten".⁸³

Auch KARTE, Wettbewerbsexperte beim Bundeswirtschaftsministerium, sieht in einer solchen Fassung des § 1 den "gedanklich optimalsten Ausdruck des Kartellverbots"⁸⁴.

GÜNTHER fordert ebenfalls die Verwirklichung der Folgentheorie (kombiniert mit der Ausnahme der Bagatellkartelle) mit der Begründung, die Auslegung im Sinne der Gegenstandstheorie habe Raum für zahlreiche Umgehungen des Kartellverbots geschaffen⁸⁵. Den von der herrschenden Meinung immer wieder gegen die Folgentheorie vorgebrachten Einwand, sie gefährde die Rechtssicherheit⁸⁶, hält er zumindest im Bereich des Strafrechts für nicht durchgreifend, da in den

83) Abgedruckt bei KARTE, Ein neues Leitbild, Anhang 1 S. 93 ff. (98)

84) S. 57 m. weit. Nachw.

85) In: Zehn Jahre Bundeskartellamt S. 14 f.

86) Vgl. nur MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 31

Fällen, wo ein Vertrag oder Beschluß nur zufällig zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt, immer ein Schuldaußschließungsgrund für eine Ordnungswidrigkeit gegeben sei⁸⁷.

Nachdem die wesentlichen Tatbestandsmerkmale, die der Bußgeldtatbestand vom Gesetzgeber erhalten hat, dargestellt sind und dabei vor allem die Punkte herausgestellt wurden, in denen diese Merkmale im Hinblick auf ihren Wirkungsbereich literarisch umstritten sind, kommt es im folgenden darauf an, zu klären, ob ein Bußgeldtatbestand mit derart umstrittenen Merkmalen in der Lage ist, seine Aufgabe zu erfüllen, nämlich aus der Fülle der Lebenssachverhalte diejenigen herauszugreifen, die der Gesetzgeber als verboten ansieht, und mittels der Bußgeldandrohung das Kartellverbot im Interesse eines funktionstüchtigen Wettbewerbs durchzusetzen.

87) aaO (Anm. 84). Dabei bleibt offen, welcher Schuldaußschließungsgrund das sein sollte. Richtigerweise kann die Abgrenzung nur über den Tatbestand erfolgen.

§ 6 Strafrechtliche Gesichtspunkte bei § 38 I Nr. 1

Der Bußgeldtatbestand des § 38 I Nr. 1 stellt - wie bereits mehrfach erwähnt - einen sog. originären Straftatbestand dar, der nach der Vorstellung des Gesetzgebers seine Funktion ebenso wie die Tatbestände des StGB darin haben soll, Klarheit darüber zu schaffen, welches Rechtsgut als Schutzobjekt der Gesetzgeber im Auge hat und gegen welche Angriffsart er es schützen will¹, wobei allerdings die Einschränkung zu machen ist, daß der Gesetzgeber nur einen Bußgeldtatbestand, also eine Ordnungswidrigkeit schuf. Jedoch hat - abgesehen vom Streit um den Rechtsgüterschutz und den Unrechtscharakter - auch bei den Ordnungswidrigkeiten der Tatbestand die Funktion, das pönalisierte (mit Geldbuße bedrohte) Verhalten zu beschreiben, wenn auch dieser Tatbestand meist erst durch Zusammenlesen mehrerer Vorschriften hergestellt werden kann². Er hat u.a. die Funktion, die konkrete menschliche Handlung bei einer in Betracht kommenden Gesetzesverletzung daraufhin zu überprüfen, ob sie von der abstrakten Beschreibung des Tatbestandes erfaßt wird, ob sie ihr also entspricht³. Ob der Tatbestand des § 38 I Nr. 1 diese Funktion zufriedenstellend erfüllt und dabei zugleich den allgemeinen Anforderungen des Strafrechts, bzw. Ordnungswidrigkeitenrechts - wie etwa dem Bestimmtheitsgebot - genügt, ist zumindest fraglich:

I. Die Art der Tatbestandsmerkmale

Die Strafrechtslehre kennt zwei Arten von Tatbestandsmerkmalen. Auf der einen Seite stehen die beschreibenden (deskriptiven) Merkmale, also Begriffe, die Gegenstände der

-
- 1) JESCHECK, AT S. 167 für die Tatbestände des StGB
 - 2) SCHMITT, Ordnungswidrigkeiten S. 24 f.
 - 3) GÖHLER, Vorbem. vor § 1 Anm. 4 B; eingehend zu dieser Aufgabe als "Funktion" TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 80 m. Nachw.

realen Welt beschreiben. Sie sind einer Tatsachenfeststellung zugänglich⁴. Demgegenüber stehen die normativen Tatbestandsmerkmale. Sie zielen "auf Gegebenheiten ab, die überhaupt nur unter logischer Voraussetzung einer Norm vorgestellt und gedacht werden können"⁵; dazu gehören die eigentlichen Rechtsbegriffe, die sinnbezüglichen Begriffe und die wertbezüglichen Begriffe⁶. Diese normativen Merkmale verlangen von demjenigen, der das Recht anwendet, eine Wertung; der Rechtsanwender muß mit seiner Wertung das Gesetz vervollständigen. Deshalb handelt es sich gleichzeitig auch um wertausfüllungsbedürftige Tatbestandsmerkmale⁷. Dabei ist nicht zu verkennen, daß die Unterscheidung nur vage und manchmal recht schwierig zu treffen ist⁸. Einerseits erhalten auch deskriptive Merkmale oft ihren genaueren Inhalt erst durch die Bezugnahme auf eine Norm und verlangen dadurch ebenfalls eine gewisse Wertung, andererseits besitzen auch normative Merkmale oft Momente sinnlich erfäßbarer Realität und erlangen damit Beziehungen zur Tatsachenwelt⁹.

Die Einordnung der Tatbestandsmerkmale des § 38 I Nr. 1 in diese Unterscheidung bereitet erhebliche Schwierigkeiten. Die Merkmale "Vertrag" und "Unwirksamkeit" eines Vertrags sind noch am leichtesten, und zwar als normativ zu qualifizieren, da sie eigentliche Rechtsbegriffe darstellen, die auf jeden Fall zu einer Wertung zwingen¹⁰. Die Merkmale Wettbewerbsbeschränkung und Eignung zur Marktbeeinflussung haben allerdings einen deutlichen Bezug zur "Welt der Tatsachen", da hier reale wirtschaftliche Vorgänge und Verhaltensweisen der Einzelwirtschaftler erfaßt werden. Jedoch werden hier nicht die Verhaltensweisen direkt durch Beschreibung ihrer realen Erscheinungsformen angesprochen, sondern

4) JESCHECK, AT S. 183; BAUMANN, AT S. 113

5) ENGISCH in: Mezger-Festschrift S. 147

6) JESCHECK, AT S. 184

7) BAUMANN, AT S. 113 f.; TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 90

8) BAUMANN, AT S. 114

9) BAUMANN, AT S. 114; JESCHECK, AT S. 183 f. je mit Beispielen aus dem Kernstrafrecht

10) Vgl. auch MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 7; Frankfurter Kommentar § 38 Rdn. 39

vielmehr unter Sammelbegriffen zusammengefaßt, mit denen eine andere, mehr den Naturwissenschaften zuzuordnende Wissenschaft¹¹ diese Verhaltensweisen benennt. Dabei ist aber zu bedenken, daß auch diese Sammelbenennung keineswegs reine Tatsachenbegriffe darstellen, sondern funktionsorientiert sind, indem nicht allein an die Verhaltensweisen angeknüpft wird, sondern an die volkswirtschaftlichen Ziele und Zwecke, denen diese Verhaltensweisen dienen sollen. Hinzu tritt der Umstand, daß - wie im vorigen Abschnitt geschildert - von juristischer Seite aus das Bestreben besteht, diese ursprünglich volkswirtschaftlichen Begriffe durch Definitionen mit rechtlich faßbaren Kriterien in Rechtsbegriffe umzugestalten¹². Auf jeden Fall steht fest, daß der Rechtsanwendende bei der Benutzung dieser Merkmale ohne eine Wertung des ungeheuer vielfältigen Tatsachenmaterials im Hinblick auf die mit den Begriffen verbundenen Leitvorstellungen nicht auskommt: Es geht hier nicht darum, schlicht zu prüfen, ob der weggenommene Gegenstand "Sache" im Sinne des § 242 StGB ist¹³, sondern es geht um eine Würdigung der vielfältigen Verhaltensweisen, Zustände und Einzeltatsachen daraufhin, ob durch ihr Zusammenwirken "Wettbewerb" besteht. Es muß also davon ausgegangen werden, daß es sich hier um normative Tatbestandsmerkmale handelt, wenn auch ihr Bezug zur Tatsachenwelt nicht zu verkennen ist¹⁴. Besonders bemerkenswert ist gerade bei diesen Merkmalen auch die ungewöhnlich große Abstraktionshöhe der Begriffe im Verhältnis zu den damit zu erfassenden Erscheinungen. Der Begriff "Wettbewerb" ist von den damit gemeinten realen Erscheinungen derart weit entfernt, daß es erst einer ganzen Stufenleiter von Unter- und Einzelbegriffen bedarf, um die notwendige Verbindung herzustellen.

11) MÜLLER-HENNEBERG, WuW 1968, 660

12) Vgl. oben § 5 II 3, 4

13) So das Beispiel von BAUMANN, AT S. 113

14) BAUMANN, AT S. 114 meint, daß überhaupt nur in "mehr normative" und "mehr deskriptive" Merkmale unterschieden werden könne.

Ähnliches gilt für das Merkmal des "Sichhinwegsetzens", das die eigentliche Tathandlung bezeichnet und damit seiner Natur nach an sich schon deskriptiv gefaßt sein müßte. Zwar beschreibt dieses Merkmal, wenn auch in denkbar abstrahierter Form, reale Verhaltens- und Handlungsweisen, die aber von sich aus noch keine strafrechtliche Relevanz besitzen, sondern sich als allgemein in der Wirtschaft übliche, notwendige und sinnvolle Betätigungen erweisen. Erst durch die Verknüpfung dieser Verhaltensweisen mit den bereits als normativ erkannten Merkmalen Vertrag und Unwirksamkeit ergibt sich die strafrechtliche Bedeutung dieser Betätigungen¹⁵. Die Auswahlfunktion des Tatbestandes ist demnach nicht nur direkt an normative Merkmale gebunden, sondern auch insoweit, als noch eine vage Handlungsbeschreibung gegeben wird, ist diese wiederum von normativen Tatbestandselementen geprägt.

Es ergibt sich somit das Gesamtbild eines überwiegend normativ gestalteten Tatbestandes mit sehr weit gefaßten und überaus stark abstrahierten Normativelementen, dessen kleiner Bestand an Handlungsdeskription wiederum normativ gefärbt, stark abstrahiert und damit insgesamt völlig farblos ist¹⁶. Damit stellt dieser kartellrechtliche Bußgeldtatbestand allerdings keineswegs einen Sonderfall dar. Vielmehr handelt es sich um einen Tatbestandstypus, der im heutigen Neben- und besonders im Wirtschaftsstrafrecht weit verbreitet ist. Angesichts der Vielgestaltigkeit der in diesem Bereich vorhandenen Geschehensabläufe und der Kompliziertheit der meist verwaltungsrechtlichen Regelung dieser Gebiete - der die Straftatbestände meist angehängt sind - fällt es dem Gesetzgeber schwer, hier mit dem Mittel der Handlungsbeschreibung die strafrechtlich relevanten Vorgänge auszusondern; vielmehr enthalten die hier vorzufindenden Tatbestandsformen allgemein überwiegend rechtlich umschriebene Werturteile, Rechtsrahmen und Beurteilungsmaßstäbe.

15) TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 62

16) Vgl. TIEDEMANN aaO (Anm. 14)

Dabei kommt den normativen und generalklauselartigen Tatbestandsmerkmalen "die Aufgabe zu, eine tatsächliche Vielfalt geschehensmäßiger Abläufe für die erst im konkreten Fall (richterlich) mögliche rechtliche Bewertung einzufangen. Sie dienen dann - anders als in § 242, aber auch etwa in § 302 b StGB - nicht der weiteren Präzisierung (und Einschränkung) einer bereits vorhandenen Typisierung"¹⁷.

II. Bestimmtheitsgrundsatz und § 38 I Nr. 1

Tatbestände dieser Art unterliegen erheblichen Bedenken im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz¹⁸. Nach Art. 103 II GG muß die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt sein. Das bedeutet nach herrschender Lehre, daß die Straftatbestände so formuliert sein müssen, daß sie, wenn sie nicht schon eine Berechenbarkeit durch den einzelnen zulassen, so doch jedenfalls eine feste und zuverlässige Grundlage für die Rechtsprechung bilden. Das ist nur dann der Fall, wenn Sinn und Umfang eines Tatbestandes durch Auslegung eindeutig ermittelt werden können¹⁹. Im Idealfall wäre das dadurch verwirklicht, daß der Gesetzgeber bei der Fassung der Tatbestände ausschließlich deskriptive Merkmale verwendet und auf ausfüllungsbedürftige Wertbegriffe und Generalklauseln ganz verzichtet. Da aber die Vielgestaltigkeit der Lebenssachverhalte vom Gesetzgeber nicht ganz ohne diese letzteren Begriffe erfaßt werden kann, müssen sie wenigstens in dem Maß zugelassen werden, in dem sich ihre Verwendung im Interesse sinnvoller Gesetzesgestaltung nicht vermeiden läßt²⁰. Dennoch bleibt die Forderung nach möglichst deskriptiver Fassung der Straftatbestände ein Hauptinhalt des Art. 103 II GG, der

17) TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 97; eingehend zum ganzen TIEDEMANN, aaO S. 87 ff., 96 ff. und ö.

18) TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 62

19) Vgl. nur MAUNZ-DÜRIG-HERZOG Art. 103 II Rdn. 107; eingehend dazu TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 183 ff. mit zahlr. Nachw.

20) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG aaO (Anm. 18); BvFG E 4, 352 (358); BAUMANN, AT S. 104; eingehend KOHLMANN, S. 256 ff.

wesentlich mitgeprägt wird von dem Grundsatz der Erkennbarkeit dessen, was Rechtsens sein soll für den Bürger. Dieses Prinzip des Vertrauensschutzes erlangt gerade im Nebenstrafrecht besondere Bedeutung, weil es hier an sittlichen und ethischen Bezügen (gegenüber dem Kernstrafrecht) fehlt und dem Strafrechtssatz selbst die Funktion als Bestimmungsnorm in Bezug auf das Verhalten des einzelnen zukommt²¹.

1.) Die kartellrechtliche Literatur zur Bestimmtheit des Bußgeldtatbestandes § 38 I Nr. 1 i.V.m. § 1

Die kartellrechtliche Kommentarliteratur enthält, soweit ersichtlich, zur Frage der hinreichenden Bestimmtheit der Bußgeldtatbestände nur gelegentliche allgemeine Hinweise²². In der übrigen Literatur wurde jedoch schon früh Kritik in dieser Hinsicht laut. Bereits vor Erlaß des GWB hat RASCH zu den Bestimmungen des Entwurfs, die den heutigen §§ 38, 39 entsprachen, Bedenken hinsichtlich der "Feststellung des Straftatbestandes" im Hinblick auf seine Unbestimmtheit und mangelnde Abgrenzbarkeit geäußert und vorgeschlagen, die Straftatbestände ganz wegzulassen und sich auf zivilrechtliche und verwaltungsrechtliche Durchsetzung des Gesetzes zu verlassen²³. Nach Inkrafttreten des Gesetzes nehmen ähnliche Stimmen an Deutlichkeit zu: STRICKRODT²⁴ meint, daß vor allem die Anknüpfung des "Sichhinwegsetzens" (im Wege der zusammenlesenden Tatbestandsherstellung) an die Merkmale des § 1 GWB zu Schwierigkeiten führe. § 1 bezeichne die von der Unwirksamkeit betroffenen zivilrechtlichen Regelungen im Wege einer vielerlei Sachverhalte zusammenfassenden Formulierung, die jeder Konkretisierung entbehre, da sie mit einer ganzen Reihe unbestimmter Begriffe arbeite, deren wechselseitiges Verhältnis in der Schwebe bleibe. Nur bezüglich völlig typischer, eindeutig verbotswidriger Verhaltensweisen bestehe Klarheit über die Tragweite des § 1. Der darüber hinausgehende Anwendungsspielraum des Bußgeldtatbestandes sei bisher nicht in klaren Begriffen abzugrenzen

21) Dazu grundlegend TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 188 ff.

22) MAYER-WEDELIN in: Gemeinschaftskommentar § 38 Rdn. 10; MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 2

23) WuW 1955, 132 ff.

24) WuW 1960, 825 ff.

gewesen. Die theoretische und praktische Unklarheit über den für die Anwendung des Tatbestandes maßgebenden Wettbewerbsbegriff sei Ausdruck einer "wirtschaftspolitischen Maßnahmeregelung, die sich gegenüber den in Grenz- und Zweifelsfällen bedeutsam werdenden Rechtsfragen keines besonderen Verständnisses befleißigt hat"²⁵. Gerade diese Unbestimmtheit in allen Grenz- und Zweifelsfragen sei aber angesichts der schweren Strafdrohung des § 38 I Nr. 1 nicht hinzunehmen. § 1 enthalte nichts, was eine Strafrechtsnorm zu konstituieren vermöge, sondern sei vielmehr eine zivilrechtliche Regelung mit primär zivilprozessualer Wirkung, eingeführt unter dem Stichwort "Verweigerung des zivilprozessualen Schutzes". Wenn § 38 I Nr. 1 zu einer eigenen rechtlichen Substanz kommen solle, dann müßten in ihm alle Elemente einer Strafrechtsnorm versammelt werden, nämlich ein genau umgrenzter Tatbestand mit spezifischer Tathandlung, die Bezeichnung der Unrechtsqualität der Handlung und die der persönlichen Schuldmerkmale²⁶. STRICKRODT ist der Ansicht, die beste rechtspolitische Lösung biete die Konkretisierung dieses Tatbestandes durch den Bezug auf behördliche Anordnungen, ähnlich wie in anderen Ziffern des § 38 I, räumt aber ein, daß nach dem Sinn des Gesetzes diese Möglichkeit bei § 38 I Nr. 1 i.V.m. § 1 nicht besteht, da den Kartellbehörden hier keine Befugnis zum Erlaß von Verwaltungsakten gegeben ist²⁷. Für den Einsatz des Tatbestandes als originäre Strafnorm will STRICKRODT das in § 81 II und § 82 V GWB a.F. enthaltene Merkmal des öffentlichen Interesses unmittelbar zur strafrechtlichen Tatbestandsbestimmung nutzbar machen und mit Hilfe dieses Kriteriums dazu gelangen, daß der Bußgeldtatbestand die Aufgabe der Abwehr schadensstiftenden Verhaltens erhält. Die Konkretisierung dieser Kennzeichnung wird mit dem Begriff des Mißbrauchs versucht, indem der Unrechtsgehalt nicht an das Unterlassen irgendwelcher Wettbewerbshandlungen, die Beeinflussung des allgemeinen Marktzustandes oder generell an die Verletzung wirtschaftspolitischer Zweckmäßigkeiten, denen das GWB mit

25) aaO (Anm. 24) S. 826

26) aaO (Anm. 24) S. 830 f.

27) aaO (Anm. 24) S. 831 f.

seinem § 1 dienen will, geknüpft wird, sondern an das mißbräuchliche Ausnutzen der eigenen Machtposition. Damit gelangt STRICKRODT zu einer erheblichen Einschränkung des Wirkungsbereiches des Bußgeldtatbestandes, vor allem im Verhältnis zu dem zivil- und verwaltungsrechtlichen Umfang des Wirkungsbereiches des § 1, wobei er allerdings davon ausgeht, daß neben dieser originär strafrechtlichen Anwendung des § 38 I Nr. 1 auch noch die Strafbewehrung von auf § 1 beruhenden Verwaltungsakten Inhalt des Tatbestandes sein sollte - was inzwischen von der herrschenden Meinung einhellig abgelehnt wird. Nachdrücklich weist STRICKRODT darauf hin, daß der Bußgeldtatbestand nicht als Lenkungsinstrument der Wirtschaftspolitik dienen kann, sondern eng auf echt strafrechtliche Funktionen beschränkt bleiben muß, während die ersteren Interessen mit zivil- und verwaltungsrechtlichen Mitteln wahrgenommen werden müssen²⁸.

Auch v. KÖHLER²⁹ äußert Bedenken im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz, wenn dieser auch nicht überall in seinen Ausführungen mit genügender Deutlichkeit genannt wird. V. KÖHLER bedauert grundsätzlich, daß im GWB überwiegend (zumindest im Bereich des Verbotsprinzips) mit zivil- und strafrechtlichen Mitteln gearbeitet wird, anstatt eine dem Verwaltungsrecht entsprechende Lösung zu versuchen, die im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts weit zweckmäßiger gewesen wäre. Er sieht - wenn auch mehr vom Standpunkt des Verwaltungsrechtlers her - die einengende Wirkung der Bußgeldtatbestände: Ihr Einsatz im Bereich des GWB schließt aus rechtsstaatlichen Gründen alle Auslegungen aus, die dem Bußgeldtatbestand einen Inhalt verleihen, der von einem gesetzeskundigen Bürger nicht einmal geahnt werden kann. Man könne dem Betroffenen keine komplizierten volkswirtschaftlichen Überlegungen abverlangen, bei denen mit Begriffen gearbeitet wird, die ihrerseits selbst im Bereich der Volkswirtschaft umstritten sind³⁰. V. KÖHLER betont mehrfach,

28) aaO (Anm. 24) 833 ff.

29) VerwArch Bd. 54 (1963), 262 ff.

30) aaO (Anm. 29) S. 266

daß das GWB kein politisches Gesetz sei, daß vielmehr mit Erlaß des Gesetzes die einmalige politische Entscheidung gefallen sei, während die Durchführung des Gesetzes sich im Rahmen strenger Rechtlichkeit vollziehen müßte. Dabei verkennt er aber nicht, daß die Kartellbehörden zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben einen erheblichen Ermessensspielraum benötigen, über dessen Ausfüllung doch wieder ein gewisses Maß an wirtschaftspolitischer Steuerung in die Gesetzesvollziehung einfließt. Jedoch fordert v. KÖHLER gerade für den Bereich des Bußgeldtatbestandes des § 38 I Nr. 1 streng an strafrechtlichen und rechtsstaatlichen Kriterien gemessene Anwendung. Er meint, daß im Bereich des § 1 die unbestimmte Formulierung des Gesetzes es kaum zulasse, auf den Verwaltungsakt zur Verwirklichung des Willens des Gesetzes im Einzelfall zu verzichten. Da aber das Gesetz diese Möglichkeit gerade im Bereich des Verbotsprinzips nicht vorsieht, sei hier das Gesetz durch den Strafrichter zu konkretisieren³¹. Dann aber sei nicht an den Regeln des Rechtsstaats vorbeizukommen, zu denen die Forderung gehöre, daß die Fälle der Strafbarkeit auf Grund Gesetzes voraussehbar sein müssen. Dabei handle es sich um einen zwingenden rechtlichen Gesichtspunkt, der im Streit der volkswirtschaftlichen Ansichten bisher zu wenig Beachtung gefunden habe³². Aus dem Zusammenhang der Äußerungen³³ ergibt sich, daß v. KÖHLER damit ebenfalls eine Einengung des Wirkungsbereichs des Bußgeldtatbestandes gegenüber dem zivilrechtlichen Wirkungsbereich des § 1 erstrebt, wobei er jedoch insgesamt erwägt, ob nicht überhaupt unter Verzicht auf Strafrecht mit den Mitteln des Verwaltungsrechts das GWB auch im Bereich des Verbotsprinzips besser verwirklicht werden könnte³⁴.

RAISCH³⁵ wendet sich gegen die seiner Ansicht nach der Ausgestaltung als Ordnungswidrigkeiten zugrundeliegende These,

31) aaO (Anm. 29) S. 273 ff. (283)

32) aaO (Anm. 29) S. 284 f.

33) Vor allem aaO S. 266, 268 f.

34) aaO (Anm. 29) S. 284

35) ZfdgHR 1966, 161 ff.

daß Ordnungswidrigkeiten auf Grund ihrer im Vergleich zur Kriminalstrafe minderen Sanktion auch nur minderen Anforderungen im Hinblick auf die Bestimmtheit ihrer Tatbestände unterlägen³⁶. Zwar gilt auch für Ordnungswidrigkeiten schon kraft Gesetzes der Bestimmtheitsgrundsatz. Dennoch behält der Grundgedanke von RAISCH Gültigkeit, daß nämlich mit zunehmender Schärfe der Sanktion auch der Grad der Konkretisierbarkeit des Tatbestandes steigen müsse, an den die Sanktion geknüpft ist³⁷. Bei der schärfsten Sanktion, der Strafe (und auch nach neuerer Auffassung der Geldbuße, zumindest wenn sie die im Kartellrecht vorgesehene Höhe hat), müsse demnach auch die Konkretisierbarkeit des Tatbestandes ihr Höchstmaß erreichen. Diese Forderung sieht RAISCH u.a. im Bereich des § 38 I Nr. 1 nicht verwirklicht, weil dieser an den Tatbestand des § 1 anknüpft, der seinerseits unter verwaltungsrechtlichen und vor allem unter zivilrechtlichen Aspekten geschaffen wurde, also unter Gesichtspunkten, die ihrer Natur nach von vornherein erheblich geringere Anforderungen an die Konkretisierbarkeit stellen³⁸. Die konsequente Verwirklichung dieser Ansicht von RAISCH würde demnach ebenfalls dazu führen, daß die Voraussetzungen des Bußgeldtatbestandes im Verhältnis zu denen des § 1 eingeengt würden - entweder durch konkretisierende (und verengende) Auslegung oder durch Schaffung eines besonders gefaßten Bußgeldtatbestandes mit eigenen Voraussetzungen.

Gemeinsam ist all diesen Äußerungen der Grundgedanke, daß die schlichte Anknüpfung des Bußgeldtatbestandes an § 1 GWB dazu führt, daß dessen Merkmale weitgehend zu Tatbestandsmerkmalen des Bußgeldtatbestandes werden, obwohl sie auf Grund ihrer (durch nichtstrafrechtliche Konzipierung entstandenen) Struktur nicht die für einen Straftatbestand oder Ordnungswidrigkeitstatbestand erforderliche Bestimmtheit aufweisen. Gleichwohl wird die letzte Konsequenz, nämlich daß der Tatbestand wegen Verstoßes gegen Art. 103 II GG nichtig

36) aaO (Anm. 35) S. 166 ff. (168)

37) aaO (Anm. 35) S. 163 f.; so auch TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 153 ff., der die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes nach der Schwere der Sanktion und dem Gewicht des sozialetischen Tadels abstuft.

38) Vgl. aaO S. 164 f., 177 ff. (179)

sei, nicht gezogen - vermutlich sowohl mit Rücksicht auf die Praxis, die ohne diese Norm kaum auszukommen glaubt³⁹, als auch im Hinblick auf die vom Bundesverfassungsgericht in der Frage der Nichtigkeit von Straftatbeständen geübte Zurückhaltung.

2.) Der Bestimmtheitsgrundsatz im Nebenstrafrecht in der neueren Strafrechtsdogmatik

Bei der Untersuchung der heutigen Bedeutung des nullum-crimen-Satzes stellt sich die Frage, ob - vom Bestimmtheitsgrundsatz her - Strafrecht generell restriktiv auszulegen ist⁴⁰. Dabei geht es vor allem um die restriktive Auslegung normativer Begriffe, da die deskriptiven Begriffe schon ihrer Natur nach einen erheblich engeren Auslegungsspielraum besitzen. Damit besteht dann die Möglichkeit, normative Tatbestandsmerkmale auf Grund der Forderung nach Inhaltsbestimmtheit einengend auszulegen, wobei es sich um einen Fall der verfassungskonformen Auslegung handeln würde. Diese Möglichkeit wird von TIEDEMANN verworfen, da eine derartige verfassungskonforme Auslegung mit Einengung der normativen Merkmale gerade der bewußten und gezielten Verwendung dieser Merkmale durch den Gesetzgeber zuwiderlaufen würde⁴¹. Jedoch gelangt TIEDEMANN zu der Erkenntnis, daß die Bestimmtheitsforderungen des Strafrechts über die des übrigen öffentlichen Rechts (nämlich gesetzliche Bestimmtheit der Rechtsfolgevoraussetzungen) hinausgehen. Damit ergibt sich dann die Möglichkeit, daß auf Grund der besonderen Bestimmtheitsvoraussetzungen des Strafrechts der "jeweilige Strafrechtsatz anders lautet oder anders zu bestimmen ist als der zugrunde liegende außerstrafrechtliche Rechtssatz, dessen Bewehrung die Strafsanktion dient"⁴². Daß dem so ist, folgt aus der von TIEDEMANN vorgenommenen Neubestimmung der Garantiefunktion: Unter Einbeziehung des Prinzips des Vertrauens-

39) Vgl. nur SCHWARZ, WuW 1967, 176 f. m. w. Nachw.

40) TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 183 ff.

41) aaO (Anm. 39) S. 186 f.

42) aaO S. 187

schutzes und der Bestimmungsfunktion des Strafrechts gelangt er mit eingehender Begründung zu der Erkenntnis, daß Vertrauensschutz im Sinne eines inhaltlichen Kriteriums nur bedeuten kann, daß der ableitungs- und Wertungszusammenhang zwischen abstrakter Gesetzesnorm und konkreter Sollensnorm für den Inhalt der Garantiefunktion zusätzlich berücksichtigt werden muß. Aus der ideellen Identität der für den Einzelfall existenten konkreten Sollensnorm mit der richterlich-prozessual bei der Beurteilung dieses Einzelfalls ermittelten Norm folgt dann die Forderung, daß als wesentliches Kriterium des Vertrauensschutzes und damit als inhaltliches Merkmal der Garantiefunktion dasjenige Kriterium auszuwählen ist, das für die richterliche Normgestaltung maßgebend ist, nämlich der Wert, dessen Schutz der handlungsbeschreibende Tatbestand dient⁴³. Es ergibt sich dann, daß die durch Art. 103 II GG geforderte Handlungsbeschreibung des Strafgesetzes durch diesen Wert zu ergänzen ist. Diese Neubestimmung des Bestimmtheitsgrundsatzes hat ihre Bedeutung gerade bei den Tatbeständen, bei denen, - wie im Falle des § 38 I Nr. 1 - "die Handlungsbeschreibung keinen Bezug auf das in dieser Handlung verkörperte typische Unrecht erkennen läßt ...". Bei diesen Tatbeständen "besteht innerhalb des statischen Gesetzessystems nicht die Möglichkeit sinnvoller Ableitung der konkreten Verhaltensnorm. Hier erfordert es die durch den Vertrauensschutz konkretisierte Garantiefunktion, die reine Gesetzesnorm um ihren Schutzwert zu ergänzen"⁴⁴. Mit der Einbeziehung dieses Schutzwertes bei den überwiegend normativen Tatbeständen des Nebenstrafrechts wird nach TIEDEMANN im Interesse der einheitlichen Geltung der Garantiefunktion im ganzen Strafrecht das Gleichgewicht zu den Tatbeständen des Kernstrafrechts hergestellt, die ihrerseits auf elementaren und allgemein gebilligten oder doch bekannten Geboten der Sittlichkeit aufbauen⁴⁵. Bei diesem durch

43) aaO S. 187 ff. (205 f.); weitergehend KOHLMANN S. 271 ff., der die konkrete richterliche Pflichtbestimmung (ganz!) in die Garantiefunktion einbezieht.

44) aaO S. 205 ff.

45) aaO S. 207

verfassungskonforme Interpretation einzubeziehenden Wert handelt es sich nicht wie im Kernstrafrecht um sittliche oder ethische Werte, sondern um Werte im Bereich der Sozialschädlichkeit, die der Gesetzgeber selbst durch Wirtschaftsgesetzgebung weitgehend konstituiert hat und die je nach dem Grad ihrer gesetzlichen Konkretisierung entweder einzelnen gesetzlichen Bestimmungen direkt entnommen oder aber aus dem Gesamtsinn des Gesetzes ermittelt werden können⁴⁶. Die Anwendung dieser neuorientierten Inhaltsbestimmung des Bestimmtheitsgrundsatzes führt, wie TIEDEMANN selbst mit zahlreichen Beispielen belegt⁴⁷, in vielen Fällen zu klarerer Bestimmung dessen, was ein normativ gefaßter Straf- oder Bußgeldtatbestand erfaßt; aber auch dazu, daß die diffusen Randgebiete eines solchen Tatbestandes ausgeschieden werden, insoweit sie nicht mehr vom Schutzwert gedeckt werden. In diesem Zusammenhang kann auch das Bagatellprinzip nutzbar gemacht werden⁴⁸. Damit erscheint hinreichend verdeutlicht, daß diese speziell im Hinblick auf das Nebenstrafrecht entwickelte Lehre auch und gerade für die originären Tatbestände des GWB fruchtbar werden kann.

3.) Die Berücksichtigung der neueren strafrechtlichen Lehren zum Bestimmtheitsgebot in der kartellrechtlichen Literatur und Praxis

Schon in den ersten Jahren der Geltung des GWB wurde darauf hingewiesen, daß es erforderlich sei, die wirtschaftspolitisch-administrativen Komponenten, die durch die Verbindung von § 38 I Nr. 1 mit § 1 auftreten, aus dem im Rechtssinne verpflichtenden Anwendungsbereich des Gesetzes auszuschneiden und vor allem die straf- (und zivil-) rechtlichen Funktionen streng rechtsstaatlich zu handhaben. Falls diese Aufgabe vernachlässigt werde und die Praxis sich zu sehr auf die wirtschaftspolitische Auslegung und Intervention versteife, werde es vermehrt notwendig, der rechts- und letztlich auch verfassungspolitischen Kritik am GWB breiteren Raum zu verschaffen⁴⁹. Daß diese Warnung berechtigt war, läßt sich

46) TIEDEMANN aaO S. 210 f.

47) aaO S. 210 ff.

48) TIEDEMANN aaO S. 210 f.

49) STRICKRODT, WuW 1960, 841

heute - nach mehr als zehn Jahren - nur bestätigen. Der Vorrang der Wettbewerbspolitik gewinnt immer mehr an Bedeutung. Es ist keineswegs bei der Vorstellung v. KÖHLERS⁵⁰ geblieben, daß das Politische nur insofern eine Rolle spielt, als eine einmalige politische Entscheidung des Gesetzgebers über die Art, wie er gegen Kartelle vorgehen will, im Erlaß des GWB ihren Niederschlag gefunden hat, während die eigentliche Anwendung des Gesetzes sich im strengrechtlichen Rahmen dieser einmal vollzogenen Entscheidung zu halten habe und nur noch verwaltungsmäßige Realisierung dieser politischen Entscheidung und nicht etwa selbst Politik sein dürfe. Vielmehr hat die Entwicklung dazu geführt, daß die Wirtschaftspolitik sich laufend in der Anwendung des Kartellgesetzes durch die Kartellbehörden realisiert, indem die Einzelentscheidungen ständig an den wettbewerbspolitischen Leitvorstellungen und Zielen, die im GWB selbst nicht positiv geregelt sind, sondern wettbewerbspolitisch bedingten Veränderungen unterliegen, orientiert werden. Diese Entwicklung kommt vor allem in neueren Äußerungen führender Praktiker deutlich zum Ausdruck⁵¹. Die Aufgabe, den Bußgeldtatbestand des § 38 I Nr. 1 i.V.m. § 1 unter Berücksichtigung der im Vorigen geschilderten strafrechtlichen Belange zu konkretisieren, zu präzisieren und gegebenenfalls auch einzuschränken, hat die kartellrechtliche Literatur und Praxis nicht wahrgenommen.

Erst neuerdings findet sich ein in dieser Richtung weisender, allerdings gewichtiger Ansatz im bereits mehrfach erwähnten Teerfarbenurteil des Bundesgerichtshofs. Die wenigen sonstigen Ansätze sind nicht fortgeführt worden. So ist die Anregung von STRICKRODT⁵², über den Mißbrauch der Machtposition zu einer Konkretisierung zu kommen, nicht weiterverfolgt

50) VerwArch Bd. 54 (1963), 274 f. u.ö.

51) Vgl. etwa GÜNTHER in: Zehn Jahre Bundeskartellamt S. 11 ff., 34 f. u.ö.; KARTTE, Ein neues Leitbild S. 36 ff., 42 ff.. Erhebliche Bedeutung hat hier vor allem die neuere Sicht des Zusammenhangs der Wettbewerbspolitik mit der allgemeinen Wirtschaftspolitik, die sich mehr und mehr zur staatlichen Globalsteuerung entwickelt; vgl. dazu KARTTE aaO S. 36 f.; RITTER, BB 1968, 139 ff.; GRIESBACH in: Zehn Jahre Bundeskartellamt S. 39 ff. (41 f.); Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts 1969, BT-Drucksache VI/950 S. 14 f.

52) WuW 1960, 82^F ff.

worden. Der Versuch von REINHART, im Bereich der Unwirksamkeit wenigstens insoweit Klarheit zu schaffen, als die Ausnahmetatbestände aus dem Wirkungsbereich des § 38 I Nr. 1 ausgeschieden werden, hat in der Literatur kein Gehör gefunden⁵³. Vielmehr zeigt sich, wie die Schilderung der Tatbestandsmerkmale erwiesen hat, bei allen Merkmalen eine Tendenz zur Ausweitung, die im wirtschaftspolitisch geprägten Interesse der vollständigen Erfassung der Wettbewerbsverstöße erfolgt und über deren wirtschaftspolitische Berechtigung hier nicht gehandelt werden soll, die aber klar den Forderungen zuwiderlaufen, die sich daraus ergeben, daß der Tatbestand, mit dessen Hilfe hier gearbeitet wird, nun eben den Charakter eines Straftatbestandes hat. Diese Ausweitungsbestrebungen beginnen beim Merkmal des Vertrags, wo z.B. gerade REINHART einerseits die den Vertragsbegriff mittels des Umgehungsgedankens erweiternde Konstruktion aus dem Gesichtspunkt des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes verwirft⁵⁴, andererseits aber mit seiner eigenen Lösung ebenfalls zu einer Erweiterung mit etwa demselben Ergebnis gelangt⁵⁵. Sie finden ihre Entsprechung in der Auslegung des "Sichhinwegsetzens", die auch nicht zu greifbaren Konkretisierungen geführt hat und zudem erhebliche Beweisschwierigkeiten mit sich bringt. Bei den Merkmalen Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeeinflussung ist man trotz aller Definitionsbemühungen letztlich über eine Kasuistik nicht hinausgekommen⁵⁶. Vor allem auch die neuere, teils schon vertretene, teils geforderte Anwendung der Folgetheorie führt zu nicht übersehbarer weiterer Unbestimmtheit durch die Erfassung sämtlicher auch nur als Folge von Vereinbarungen auftretenden Beschränkungen, von denen dann wiederum nur ein Teil mit dem Merkmal der Unwesentlichkeit,

53) Vgl. oben § 5 I 1 b

54) S. 31 f.

55) S. 35 ff.

56) Vgl. WÜRDINGER, NJW 1965, 2337; KLAUE in: Zehn Jahre Bundeskartellamt S. 254 ff.; LANGEN § 1 Rdn. 43 ff.. Zu den nach wie vor bestehenden Unklarheiten vgl. auch SANDROCK WuW 1969, 208 ff.; zu den Unsicherheiten des BKartA vgl. NEDELMANN S. 18 ff. (21)

das seinerseits völlig unbestimmt ist⁵⁷, ausgeschieden werden soll.

4.) Die Auswirkungen der Unbestimmtheit in der Praxis

Der ungenügende Erfolg der Bestrebungen, den Merkmalen des Bußgeldtatbestandes zu hinreichender Bestimmtheit wenigstens durch Auslegung zu verhelfen, kommt auch darin zum Ausdruck, daß die Praxis sich gezwungen sieht, zu verschiedenen Hilfsmitteln zu greifen:

Das Bundeswirtschaftsministerium sah sich auf Grund der im Bereich des GWB bestehenden Unsicherheiten der Wirtschaft schon 1963 veranlaßt, die sogenannte Kooperationsfibel⁵⁸ herauszugeben, und zwar als praktische Maßnahme, die darauf abzielte, die Unausgewogenheit des Kartellgesetzes durch eine möglichst einschränkende Interpretation des Kartellverbots bei unbedeutenden, unschädlichen oder gar nützlichen Absprachen abzumildern⁵⁹.

Ferner hat das Bundeskartellamt seine nach § 50 I GWB bestehende Verpflichtung zur Veröffentlichung von Verwaltungsgrundsätzen laufend wahrgenommen. Insbesondere besteht die Praxis, durch Richtlinien das künftige Verhalten des Amtes in bestimmten Fragen bekanntzugeben, was vor allem erhebliche Bedeutung insofern erlangt hat, als das Bundeskartellamt sich in verschiedenen Fällen durch solche Richtlinien dazu geäußert hat, wann es in Bußgeldfällen das nach § 81 II a.F. erforderliche öffentliche Interesse verneinen oder bejahen werde. Diese Praxis wurde auch nach Einführung des OWiG fortgesetzt und fand in der Literatur Zustimmung mit der Begründung, im Kartellrecht bestehe im Interesse der Stetigkeit und Vorausschaubarkeit der verwaltungsbehördlichen Ermessensausübung für diese Übung solange ein besonderes

57) CROMME WuW 1969, 601 ff.; SANDROCK WuW 1969, 205 ff.. Das gleiche gilt für den Versuch der 2. Kartellgesetz-Novelle, die in § 1 a Bagatellkartelle von § 1 ausnehmen will. Auch dabei wird wiederum das Merkmal der Wesentlichkeit verwendet, vgl. SANDROCK aaO

58) "Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen", Zusammenstellung des Bundesministeriums für Wirtschaft vom 29.10.1963

59) KARTTE, Ein neues Leitbild S. 29 f.

Bedürfnis, wie das materiellrechtliche Kartellverbot in der umfassenden Generalklausel des § 1 nicht in der erforderlichen Weise abgegrenzt ist⁶⁰.

Weiterhin wurde vom Bundeskartellamt in erheblichem Umfang die Praxis geübt, sog. Leitbriefe herauszugeben. Dabei handelt es sich um Briefe entweder des Präsidenten oder der Beschlußabteilungen oder deren Vorsitzenden⁶¹. In diesen Briefen werden meist unter Bezugnahme auf konkrete Fälle Auslegungsfragen behandelt, vor allem im Bereich des § 1⁶². Jedoch werden diese Briefe nur zum Teil veröffentlicht. In etlichen Fällen wurden sie in den Tätigkeitsberichten erwähnt⁶³; jedoch sind in den Berichten der letzten Jahre solche Hinweise seltener geworden. Vor allem fehlt es völlig an einer fundstellenmäßigen Zugänglichkeit, so daß man auf diejenigen Briefe angewiesen bleibt, deren Veröffentlichung das Bundeskartellamt für opportun hält. Dieses Verfahren wird von der Literatur gebilligt und zwar deshalb, weil es geeignet sei, außerhalb förmlicher Verwaltungsverfahren und insbesondere ohne Inanspruchnahme des Bußgeldverfahrens die komplizierten Tatbestände des Gesetzes zu konkretisieren und für die wirtschaftliche Praxis Anhaltspunkte zu geben⁶⁴. Auf derselben Linie liegt die neuerdings auch von führenden Praktikern erhobene Forderung nach Einführung eines sogenannten objektiven Verfahrens dahingehend, daß auf Anfrage oder gar von Amts wegen den Betroffenen oder Beteiligten einer Vereinbarung im Wege des sogenannten Negativtests (entsprechend dem Vorbild des Art. 2 der EWG-Kartellverordnung) im Bereich des Verbotsprinzips die kartellrechtliche Unbedenklichkeit ihres Vorhabens oder ihrer Vereinbarung bestätigt wird⁶⁵, wodurch dann die Unsicherheiten in Bezug auf

60) BÖCKSTIEGEL WuW 1967, 11 ff. (18) m. weit. Nachw.;
GUTZLER NJW 1965, 2333 (Anm. 20)

61) JUNGE in: Gemeinschaftskommentar § 50 Rdn. 2;
LANGEN § 1 Rdn. 64

62) LANGEN § 1 Rdn. 64 ff.

63) Vgl. Tätigkeitsbericht 1959, BT-Drucksache III/1795
S. 17, 18

64) JUNGE in: Gemeinschaftskommentar § 50 Rdn. 2; LANGEN
§ 1 Rdn. 64 ff.; vgl. auch BULLINGER, VVdStRL H. 22
(1965) S. 264 ff. (292 f.)

65) Vgl. GÜNTHER in: Zehn Jahre Bundeskartellamt S. 33;
KÄRTE, Ein neues Leitbild S. 85

das Eingreifen des Bußgeldtatbestandes beseitigt werden könnten⁶⁶.

Diese ganze Entwicklung, die die Bestimmung der Sollensnorm aus dem Bereich des Bußgeldtatbestandes auslagert, zeigt zur Genüge, daß die Konkretisierung der Tatbestandsmerkmale im Rahmen des Tatbestandes nicht gelungen ist und daß die Konturen nach wie vor unscharf und unbestimmt sind.

5.) Abhilfe nach geltendem Recht

Dieses Dilemma beruht, wie schon mehrfach angedeutet, darauf, daß der zivil- und verwaltungsrechtliche Grundtatbestand, bei dem ein gewisser Grad an Unbestimmtheit und Normativstruktur durchaus im Interesse des Gesetzeszwecks liegt⁶⁷, durch schlichte Bezugnahme strafbewehrt wird. Das hat zur Folge, daß die unbestimmten Merkmale der Grundmaterie zu Tatbestandsmerkmalen des Straftatbestands werden, in dessen Rahmen aber diese Unbestimmtheit wegen des Bestimmtheitsgrundsatzes des Art. 103 II GG nicht geduldet werden kann⁶⁸. Eine Lösung erscheint bei der derzeitigen gesetzlichen Ausgestaltung des Bereichs des Verbotsprinzips mit § 1 und § 38 I Nr. 1 kaum möglich. MÖHRING⁶⁹ hat unter dem Gesichtspunkt des strafrechtlichen Analogieverbots, das ja einen Teilaspekt des Bestimmtheitsgrundsatzes darstellt⁷⁰, die Meinung geäußert, daß es nicht dem Willen des Kartellgesetzgebers entsprechen könne, denselben Gesetzestatbestand in zivilrechtlicher Hinsicht anders als in strafrechtlicher Beziehung zu regeln, vielmehr sei der Gesetzgeber von einer weitgehenden Gleichrangigkeit der zivil-, verwaltungs- und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Normen ausgegangen. Das aber habe zur Folge, daß das im Bereich der Bußgeldtatbestände

66) Wobei allerdings die Einführung dieser Regelung unter Beibehaltung des § 38 I Nr. 1 sehr problematisch wäre, da dann die Frage entstünde, inwieweit bei einem dann noch nachfolgenden Bußgeldverfahren Behörden und Gerichte an diese verwaltungsbehördliche Vorentscheidung gebunden sind, vgl. KARTTE S. 85

67) RAISCH, ZfdgHR 1966, 162 ff.

68) Vgl. dazu auch SCHMIDT, WuW 1966, 718

69) GRUR 1968, 541 ff.

70) SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 2 Rdn. 2 ff.; JESCHECK, AT S. 95 f.

geltende Analogieverbot auch auf die zugrundeliegende zivil- und verwaltungsrechtliche Materie ausgedehnt werden müsse, so daß im Kartellrecht grundsätzlich die Rechtsanalogie unzulässig sei⁷¹. Damit ergebe sich der Zwang, bei der Auslegung kartellrechtlicher Tatbestände nicht willkürlich-subjektive volkswirtschaftliche Auffassungen zugrundelegen und bei Entscheidungen Tatbestandsmerkmale nur dann zu verwenden, wenn sie einer allgemeinen, gefestigten Auffassung entsprechen.

Wenn man diese Ansicht über das Analogieverbot hinaus auf die allgemeinen strafrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen hin verallgemeinert, würde man zu folgender Lösung gelangen: Von entscheidender Bedeutung wäre die unter dem Blickwinkel des Bestimmtheitsgebots erfolgende, zumeist einengende, klare Bestimmung der Bußgeldtatbestandsmerkmale. Ihr hätte sich die Auslegung und Bestimmung auch der zivil- und verwaltungsrechtlichen Merkmale anzupassen, so daß auch dort jede Analogie, aber auch jede die Bestimmtheit verschlechternde erweiternde Auslegung zu vermeiden wäre. Damit könnte ein einheitlich für alle Aspekte des Kartellrechts geltendes System von klaren eindeutigen Tatbestandsmerkmalen angestrebt werden. Die Nachteile dieser Lösung liegen aber auf der Hand: Nach diesem System können dann nur noch die eindeutigen Kartellfälle erfaßt werden, während zahlreiche andere Erscheinungen, die vom Zweck des Gesetzes her bekämpft werden müssen und auch von der heutigen weiten Auslegung erfaßt werden, völlig aus dem Anwendungsbereich des GWB herausfallen würden. Damit würde aber den strafrechtlichen Prinzipien ein Vorrang eingeräumt, der mit den Interessen der gesamtwirtschaftsorientierten Wettbewerbspolitik nicht zu vereinbaren wäre. Wohl aus diesem Grunde wird schon die auf die Analogie beschränkte Ansicht von MÖHRING von der Literatur nicht ernstlich aufgenommen⁷². Die andere Lösungsmöglichkeit, die sich auf der Grundlage der heutigen Gesetzesfassung anbietet, könnte dahin gehen, daß die strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale - auch soweit sie aus den zivil- und verwaltungsrechtlichen Grundtatbeständen stammen - eigenständig

71) MÖHRING aaO (Anm. 68) S. 544 f.

72) Vgl. dazu auch HERSCHEL, NJW 1968, 533

unter Berücksichtigung der oben dargelegten Gesichtspunkte bestimmt werden, ohne daß dadurch Folgerungen für die Anwendung dieser äußerlich gleichen Merkmale in zivil- und verwaltungsrechtlicher Hinsicht gezogen würden. Das hieße mit einem einfachen Beispiel, daß etwa das Merkmal des "Vertrags" für den Bußgeldtatbestand im Interesse der Bestimmtheit nur als streng zivilrechtlicher Vertrag mit Rechtsbindungswillen ausgelegt würde⁷³, während außerhalb des Bußgeldverfahrens im Bereich der rein zivilrechtlichen Rechtsschutzverweigerung des § 1 durchaus die gentlemen-agreements mit-erfaßt werden könnten. In diese Richtung gehen die Überlegungen von BENKENDORFF⁷⁴ und STRICKRODT⁷⁵.

Infolge der Anknüpfung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen an den gleichen Grundtatbestand ergäbe sich aber dann, daß die äußerlich völlig gleichen Merkmale eine ganz verschiedene (engere oder weitere) Bedeutung hätten, je nachdem, ob sie für eine strafrechtliche oder eine zivilrechtliche Entscheidung zugrundegelegt werden - eine Erscheinung, die MÖHRING nicht ganz zu Unrecht kritisiert⁷⁶. Wesentlich schwerer wiegt aber ein zweites Bedenken: Wenn wegen der durch das Strafrecht bedingten engeren Bestimmung des Bußgeldtatbestandes eine ganze Reihe von Verhaltensweisen, die erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen bewirken, aus dem Wirkungsbereich des Bußgeldtatbestandes herausfallen, dann fehlt es insoweit an einem wirksamen Schutz der Wettbewerbsordnung, da die dann verbleibenden Schutzmittel, nämlich die Rechtsschutzverweigerung, der Schadensersatz- und der Unterlassungsanspruch, nach allgemeiner Ansicht, der sich auch schon der Gesetzgeber angeschlossen hat, zur Durchsetzung

73) So jetzt BGHSt 24, 54 ff. (61 f.)

74) WRP 1962, 316

75) WuW 1960, 825 ff.

76) GRUR 1968, 543; Anklänge eines Unbehagens an dieser Konsequenz finden sich auch sonst, vgl. MÜLLER-HENNEBERG in: Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 12; zust. aber TIEDEMANN, Tatbestandesfunktionen S. 187

des Verbotsprinzips nicht ausreichen⁷⁷. Dieser Schwierigkeit glaubte STRICKRODT noch dadurch entgehen zu können, daß er im Bereich des § 1, soweit er nicht durch den eng gefaßten originären Bußgeldtatbestand abgedeckt sei, konkretisierende Verwaltungsakte für zulässig hielt, bei denen dann die Zuwiderhandlung strafbewehrt sein sollte⁷⁸. Nachdem aber allgemein erkannt worden ist, daß den Verwaltungsbehörden im Bereich des § 1 eine Befugnis zum Erlaß von Verwaltungsakten nicht gegeben ist⁷⁹, scheidet auch dieser Ausweg aus. Die Notwendigkeit der Durchsetzung des Kartellverbots erzwingt durch das Fehlen anderer wirksamer Durchsetzungsmittel also geradezu die mit den Prinzipien des Strafrechts nicht zu vereinbarende Ausdehnung der Merkmale des Bußgeldtatbestandes. Deshalb ist auch bei Beibehaltung der derzeitigen Gesetzesfassung im Bereich des Verbotsprinzips nicht mit einer echten und gründlichen Verbesserung der Berücksichtigung strafrechtlicher Belange zu rechnen.

6.) Abhilfe durch Gesetzesänderung

Es verbleibt nach dem Vorigen nur eine Möglichkeit, von einem derart weiten und unter dem geschilderten Sachzwang zu immer noch sich verstärkender Unbestimmtheit neigenden Bußgeldtatbestand wegzukommen: indem man ihn von der Aufgabe befreit, als einzig wirksames Durchsetzungsmittel zur Verhinderung und Bekämpfung sämtlicher in den Bereich des Verbotsprinzips fallender Wettbewerbsverstöße zu dienen und die materiell-kartellrechtliche Generalklausel des § 1 umfassend zu bewahren. Dazu bietet sich, soweit ersichtlich, nur ein Weg an, nämlich die Einführung anderer, außerstrafrechtlicher Durchsetzungsmittel. Damit gelangt man - auch unter strafrechtlichen Gesichtspunkten - zu der Forderung nach Ein -

77) Vgl. nur SCHWARZ, WuW 1967, 176 f.; auch den BGH weist auf diese rechtspolitisch mißliche Konsequenz der engen Auslegung des § 38 I Nr. 1 hin, BGHSt 24, 62.

78) WuW 1960, 823 f.

79) für viele v. KÖHLER, VerwArch Bd. 54 (1963), 284 f.

führung eines objektiven Verwaltungsverfahrens mit verwaltungsrechtlichen Eingriffsbefugnissen (Untersagungsverfügungen usw.) auch für den Bereich des kartellrechtlichen Verbotsprinzips - ein Ergebnis, das die Literatur zunächst auch im Rahmen des geltenden Rechts meinte verwirklichen zu können⁸⁰, das aber nunmehr, nachdem diese Ansicht als irrig erkannt wurde⁸¹, de lege ferenda von der Literatur und den führenden Praktikern mit größtem Nachdruck gefordert wird⁸². Dies würde dazu führen, daß die Kartellbehörden durch Untersagungsverfügungen, feststellende Verwaltungsakte, Unwirksamkeitserklärungen, einstweilige Anordnungen und ähnliches gegen verbotswidrige Wettbewerbsbeschränkungen vorgehen könnten, wodurch bei hinreichend scharfer Ausgestaltung dieser Mittel eine ausreichende Durchsetzung gewährleistet wäre⁸³. Damit wäre der Bußgeldtatbestand von seinem Zwang zu allumfassender Anwendungsbreite befreit. Dann aber könnte man daran denken, seine originäre Anwendung auf die schwerwiegenden und eindeutigeren Kartellverstöße zu beschränken und dabei dann auch auf das strafrechtlich gebotene Mittel der Handlungsbeschreibung zurückzugreifen. Denn in dem Augenblick, wo der Zwang zur generalklauselartigen Erfassung aller Verstöße entfällt, wird es auch möglich sein, die Normativstruktur des Tatbestandes abzubauen und bestimmte Handlungs- und Verhaltensweisen deskriptiv zu erfassen. Ansätze zur Herausarbeitung und handlungsbeschreibenden Erfassung dieser eindeutigen und schwerwiegenden Kartellverstöße sind durchaus vorhanden, etwa bei SCHWARZ⁸⁴, der die "eindeutigen Kartellfälle" von Fallgruppen abhebt, bei denen schon fraglich ist, ob ein Kartell vorliegt oder nicht, also Fällen, in denen es um die Grenzen des Anwendungsbereichs des § 1 geht; oder bei

80) STRICKRODT, WuW 1960, 825 ff.; GUTZLER, NJW 1963, 521

81) v. KÖHLER, VerwArch Bd. 54 (1963), 284 f.

82) SCHWARZ, WuW 1967, 175 ff. (193); GÜNTHER in: Zehn Jahre Bundeskartellamt S. 33; KARTTE, Ein neues Leitbild S. 85; v. KÖHLER aaO (Anm. 79) S. 283 f.; STRICKRODT, WuW 1960, 825 ff.; GUTZLER, NJW 1963, 521; SPENGLER, Über die Tatbestandsmäßigkeit S. 30 f.

83) Dazu eingehend SCHWARZ, WuW 1967, 175 ff.

84) WuW 1967, 177 f.

BALLERSTEDT⁸⁵, dessen Verwendung des Handlungsunwerts für die Konkretisierung des § 1 GWB erst recht nutzbar gemacht werden könnte, wenn es nur noch um Erfassung einzelner Gruppen von Verhaltensweisen innerhalb des bisherigen Rahmens des § 1 ginge. Besonders wertvoll in diesem Zusammenhang sind auch die beschreibenden Fallgruppenbildungen, wie sie bei MÜLLER-HENNEBERG⁸⁶ und LANGEN⁸⁷ zu finden sind. Die Herausarbeitung und beschreibende Erfassung dieser schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen für einen neuen Bußgeldtatbestand mit eigenen, von § 1 unabhängigen Tatbestandsmerkmalen wäre eine vordringliche Aufgabe für die Kartellrechtslehre, die mit Hilfe der Strafrechtswissenschaft zu bewältigen mit Sicherheit erheblich eher Erfolg verspräche, als das nun seit mehr als zehn Jahren andauernde Bemühen um eine hinreichend sichere Auslegung des § 38 I Nr. 1 in Verbindung mit § 1 GWB. Neben diesem neu zu fassenden, zentralen, auf spezifische Sachverhalte abzustellenden Bußgeldtatbestand bestünde, falls es der Gesetzgeber für notwendig hält, die verwaltungsrechtliche Durchsetzung mit strafrechtlichen Mitteln zu unterstützen, die Möglichkeit, die neugeschaffenen verwaltungsmäßigen Eingriffsbefugnisse ähnlich wie derzeit im Bereich des Mißbrauchsprinzips in der Form der Zuwiderhandlung mit Bußgeldbewehrungen zu versehen.

Im Ergebnis bestünde dann ein deskriptiv gefaßter originär eingreifender Tatbestand für die eindeutigen und schwerwiegenden Kartellverstöße, während in den zweifelhafteren Rand- und Grenzbereichen des § 1 die vorgeschaltete Verwaltungsverfügung mit Strafbewehrung zum Zuge käme. Dabei wäre dann ernsthaft zu überlegen, ob nicht angesichts der überaus großen Bedeutung der Kartellverstöße bzw. der Erhaltung der Wettbewerbsordnung für die Gesamtwirtschaft und damit für die Allgemeinheit Anlaß genug gegeben ist, diesen zentralen originären Tatbestand aus dem Bereich der Ordnungswidrig-

85) In: Böhm-Festschrift S. 179 ff.

86) In: Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 32

87) § 1 Rdn. 54 ff., 62 ff., 82 ff.

keiten heraus in den Rang eines echten Straftatbestandes im Sinne des StGB zu erheben⁸⁸. Damit ließe sich das vom Gesetzgeber selbst aufgestellte Fernziel⁸⁹ wenigstens zum Teil verwirklichen, denn die gleichermaßen gegen einen Bußgeldtatbestand wie gegen einen Straftatbestand in der heutigen Form des § 38 I Nr. 1 geltenden Bedenken hinsichtlich der Unbestimmtheit wären ausgeräumt und die dogmatischen Bedenken des Gesetzgebers gegen einen Straftatbestand werden ohnehin von der neueren Strafrechtsdogmatik nicht mehr geteilt⁹⁰. Die Vorzüge einer solchen Lösung liegen auf der Hand: Sie bestehen vor allem im Ausschluß des Opportunitätsprinzips⁹¹ und in der erhöhten Publizitäts- und Abschreckungswirkung des echten Straftatbestandes⁹².

88) TIEDEMANN in: TIEDEMANN (Hrsg.), Die Verbrechen in der Wirtschaft S. 25; BAUMANN und ARZT, ZdfgHR 1970, 25 ff., 29 ff. (33)

89) Regierungsbegründung, BT-Drucksache II/1158 S. 28; vgl. oben § 2 II

90) Vgl. oben § 2 VI

91) Vgl. oben § 3 II

92) Dazu TIEDEMANN in: TIEDEMANN (Hrsg.), Die Verbrechen in der Wirtschaft S. 31 f.

§ 7 Das Empfehlungsverbot des § 38 II 2

Einen weiteren, von Verfügungsverfügungen unabhängigen, originären Bußgeldtatbestand enthält § 38 II 2¹. Er steht in engem sachlichem Zusammenhang mit dem Tatbestand des § 38 I Nr. 1 und soll deshalb hier nur insoweit behandelt werden, als sich gegenüber § 38 I Nr. 1 zusätzliche strafrechtliche Probleme ergeben².

I. Die Tatbestandsmerkmale des § 38 II 2

Nach diesem Tatbestand begeht eine Ordnungswidrigkeit, wer Empfehlungen ausgesprochen hat, die eine Umgehung der im GWB ausgesprochenen Verbote oder der von der Kartellbehörde auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verfügungen durch gleichförmiges Verhalten bewirkt haben. Dieser Tatbestand ist aus Elementen zusammengesetzt, deren jeweilige Einzelverwirklichung kartellrechtlich nicht verboten ist³. Es ist weder verboten, Empfehlungen auszusprechen, noch wird das gleichförmige Verhalten für sich allein von einem kartellrechtlichen Verbot erfaßt. Erst im Zusammenwirken sämtlicher Elemente ergibt sich dasjenige Verhalten, das der Bußgeldtatbestand erfassen soll.

1.) Die Empfehlung

Die Definition der Empfehlung geht im wesentlichen auf eine Grundsatzentscheidung des BGH zurück⁴. Dort heißt es, im ursprünglichen Sinn sei eine Empfehlung eine Erklärung, durch

1) Vgl. STRICKRODT, WuW 1960, 825 f.

2) Im übrigen kann auf die überaus umfangreiche kartellrechtliche Literatur verwiesen werden; vgl. nur die Angaben bei MAYER-WEDELIN in: Gemeinschaftskommentar vor § 38

3) MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 36

4) BGHSt 14, 55 = BGH WuW/E BGH 369

die jemand etwas als für einen anderen gut oder vorteilhaft bezeichnet und es ihm deshalb anrät, nahelegt oder vorschlägt. Sie sei von der bloßen Meinungsäußerung und tatsächlichen Mitteilungen dadurch abgegrenzt, daß sie darauf gerichtet sei, den Willen des Empfehlungsempfängers in bestimmtem Sinne zu beeinflussen. Weiteres Merkmal sei die rechtliche Unverbindlichkeit. Als wesentliches Kennzeichen der Empfehlung wird damit das Bestreben des Empfehlenden nach Willensbeeinflussung und zwar im Sinne von "Einschärfen" hervorgehoben⁵. Entgegen der in der Literatur gelegentlich vertretenen Auffassung⁶, es genüge die objektive Eignung einer Erklärung zur Beeinflussung der Adressaten, haben sich die herrschende Lehre und die Praxis der Behörden der Ansicht des BGH angeschlossen, es gehöre ein subjektives Element, die Beeinflussungsabsicht, zum Begriff der Empfehlung⁷. Damit gelingt eine theoretisch klare, dem Zweck des § 38 II 2 entsprechende Abgrenzung. Gleichzeitig bringt aber dieses Merkmal - wie alle komplizierten subjektiven Tatbestandsmerkmale⁸ - in der Praxis unabsehbare und oft unüberwindliche Beweisschwierigkeiten mit sich⁹. Auch bleiben die Abgrenzungsschwierigkeiten zu den zahlreichen verschiedenen Formen des zwischenbetrieblichen Meinungs-, Tatsachen- und Erfahrungsaustausches trotz dieses subjektiven Merkmals groß genug¹⁰. Das führt letztlich dazu, daß nur noch konkret im Einzelfall geklärt werden kann, was dem Empfehlungsbegriff unterfällt,

-
- 5) MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 38
 - 6) VÖLP, WRP 1960, 116
 - 7) MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 39; MAYER-WEGELIN in: Gemeinschaftskommentar § 38 Rdn. 19; EHLE, WuW 1963, 977 ff., 981 ff.; Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1963, S. 29
 - 8) Vgl. das Merkmal des Sichhinwegsetzens, oben § 5 II 3. Zu erinnern ist aber auch an die Schwierigkeiten, die im allgemeinen wirtschaftlichen Strafrecht die subjektive Tatseite des Betrugstatbestandes mit sich bringt, dazu TIEDEMANN in: TIEDEMANN (Hrsg.), Die Verbrechen in der Wirtschaft S. 29 f.
 - 9) MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 38, 40; VÖLP, WRP 1960, 116
 - 10) Vgl. die Darstellung bei MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 43 ff.

wie es in einer Äußerung des Bundeskartellamts im Tätigkeitsbericht 1961¹¹ zum Ausdruck kommt: "Die wiederholt geäußerte Behauptung, das BKartA halte Gespräche über gemeinsame Probleme eines Wirtschaftszweiges für unzulässig, trifft nicht zu. Im Gegenteil hat das BKartA nicht nur Unterrichtungen zwischen konkurrierenden Unternehmen über technische Entwicklungen, rationellere Fertigung und mögliche Marktveränderungen für notwendig erklärt, sondern darüber hinaus Betriebsvergleiche und die Aufstellung von Kalkulationsschemata in bestimmten Rahmen als erstrebenswert bezeichnet. In der Regel wissen die Unternehmen sehr genau, wann bei derartigen Aussprachen und Maßnahmen die vom GWB gezogenen Grenzen überschritten werden; in Zweifelsfällen hat das BKartA seine Auffassung in Aussprachen erörtert und beratend mitgewirkt". Hier bietet die Verwaltungsbehörde geradezu ihre Mitarbeit für die Klärung im Einzelfall an; mit der abstrakten Beschreibungs- und Garantiefunktion des Bußgeldtatbestandes dürfte dies aber kaum in Einklang zu bringen sein¹².

2.) Der Erfolg der Empfehlung

Die Empfehlung muß einen bestimmten Erfolg bewirkt haben, nämlich die Umgehung eines Verbotes des GWB durch gleichförmiges Verhalten¹³. Damit sind dreierlei Merkmale zusammengefaßt: umgehungsfähige Verbote, Umgehungshandlung und Umgehungserfolg.

Ein umgehungsfähiges Verbot liegt dann vor, wenn ein Verbot nicht nur bestimmte Gestaltungsformen untersagt, sondern darüberhinaus den Eintritt eines unerwünschten Erfolges verhindern will¹⁴. Dieser Charakter ist den Verböten des GWB grundsätzlich eigen, da sie sich nicht nur gegen bestimmte Gestaltungsmöglichkeiten richten, sondern darüber

11) S. 10 f.

12) Vgl. oben § 6 a.A., § 6 I, 2, 3

13) MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 59

14) EHLE, WuW 1964, 308 m. w. Nachw.

hinaus den Schutz des freien Wettbewerbs und der Betätigungsfreiheit anderer Marktteilnehmer bezwecken¹⁵. Dies gilt nach allgemeiner Ansicht von dem aus § 38 I Nr. 1 und § 1 sich ergebenden Verbot, dem das allgemeine Kartellverbot mit dem Zweck des Wettbewerbsschutzes zugrundeliegt, das aber in seinem Tatbestand den Wettbewerb nur in bestimmter Weise, nämlich durch Verbot des Sichhinwegsetzens über die Unwirksamkeit von Verträgen schützt¹⁶. Es ist aber zum Teil heftig umstritten, welche weiteren Bestimmungen zu den nach § 38 II 2 umgehungsfähigen Verbotsnormen zählen¹⁷.

Die Umgehungshandlung ist ein Verhalten, das von der Verbotsnorm weder ausdrücklich noch nach ihrem Sinn und Zweck für unzulässig erklärt wird, die aber den gleichen unerwünschten Erfolg herbeizuführen vermag wie die gesetzlich verbotenen Handlungen¹⁸. Diese Umgehungshandlung bezeichnet § 38 II 2 mit dem Begriff des "gleichförmigen Verhaltens". Darunter ist zunächst ein objektiv gleichförmiges Verhalten, nämlich eine äußerlich übereinstimmende Handlungsweise mehrerer Unternehmen zu verstehen¹⁹. Die Einzelheiten dieses Begriffes sind umstritten und Gegenstand zahlreicher Äußerungen der Literatur²⁰. Vor allem ist äußerst streitig die Frage, in welchem Verhältnis die sich objektiv gleichförmig verhaltenden Empfehlungsempfänger stehen müssen, ob nämlich bei ihnen eine subjektive Komponente vorliegen muß, also etwa ein Bewußtsein der Umgehung oder ein Bewußtsein der Gleichförmigkeit oder eine irgendwie geartete "notwendige Absprache"²¹.

15) EHLE, aaO (Anm. 14) S. 309

16) MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 61; EHLE, aaO S. 309

17) Vgl. die Darstellung des Streitstandes bei EHLE (aaO) vor allem zu § 15 GWB

18) So EHLE, aaO S. 308 m. w. Nachw.

19) Für viele EHLE, aaO S. 308

20) Vgl. nur MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 65; MAYER-
WEGELIN in: Gemeinschaftskommentar § 38 Rdn. 27

21) Eingehend mit zahlr. Nachw. zu diesem Streit EHLE, aaO S. 317 ff.; vgl. auch MAYER-WEGELIN in: Gemeinschaftskommentar § 38 Rdn. 27 f.; MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 65; Frankfurter Kommentar § 38 Rdn. 112; HUBER, Empfehlungsverbot S. 73 ff.

Dieses gleichförmige Verhalten muß durch die Empfehlung bewirkt sein. Es muß also ein Kausalzusammenhang bestehen. Hier entstehen wiederum Abgrenzungsprobleme, und zwar in zweierlei Hinsicht: einmal die Frage, ob das bloße Bestärken der Entschliebung der Empfänger ausreicht, und zum anderen die Frage, wieviele der Empfänger die Empfehlung befolgt haben müssen, damit von einem "bewirkten" gleichförmigen Verhalten die Rede sein kann²².

Die Umgehungshandlung muß weiterhin einen Umgehungserfolg mit sich bringen. Dieser ist letztlich identisch mit dem, was die umgangene Norm, beispielsweise § 1 i.V. mit § 38 I Nr. 1, zu verhindern sucht, also hier die Wettbewerbsbeschränkung in einem dem § 1 entsprechenden Sinne. Dementsprechend wird das Verbot des § 38 I Nr. 1 in Verb. mit § 1 dann als umgangen angesehen, wenn das gleichförmige Verhalten "die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Wettbewerbsbeschränkung spürbar beeinflußt hat"²³. An die Stelle der Ausführung eines Vertrages oder Beschlusses ("Sichhinwegsetzen") tritt die Umgehungshandlung, das gleichförmige Verhalten. Die weiteren Tatbestandsmerkmale des § 1 "Marktbeeinflussung" und "Wettbewerbsbeschränkung" müssen in ihrem Kern auch beim Umgehungstatbestand vorliegen²⁴. Hier werden also - unter weitgehender Zustimmung der Literatur²⁵ - die Merkmale der Verbotsnorm teilweise in den Umgehungstatbestand aufgenommen.

22) MAYER-WEGELIN in: Gemeinschaftskommentar § 38 Rdn. 27 f.

23) BGH WuW/E BGH 372

24) BGH aaO 371

25) MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 61; MAYER-WEGELIN in: Gemeinschaftskommentar § 38 Rdn. 26; ebenso im Ergebnis EHLE, WuW 1964, 320 ff. (326)

II. Die Bedenken gegen den Empfehlungstatbestand des § 38 II 2

Schon früh wurden gegen den Tatbestand des § 38 II 2 hinsichtlich seiner Bestimmtheit und seines Charakters als Umgehungstatbestand verfassungsrechtliche Bedenken vorgebracht, die zu heftigen Kontroversen geführt haben und bis heute nicht verstummt sind²⁶. Neuere Arbeiten zum Begriff der Gesetzesumgehung haben vor allem zwei Haupttypen von Umgehungsgesetzen herausgearbeitet: Einmal das echte Umgehungsgesetz, bei dem der Gesetzgeber an die Gesetzesumgehung dieselbe Rechtsfolge(Sanktion) anknüpft wie an das umgangene Gesetz, sich aber zur Beschreibung nur des Merkmals "Umgehungshandlung" oder "Umgehung" bedient, ohne diesen Begriff selbst näher auszufüllen; zum anderen (unechte) Umgehungsgesetze, bei denen der Gesetzgeber selbst im Gesetz die Umgehung mit Einzelmerkmalen typisierend umschreibt, wobei es natürlich Zwischenformen gibt, bei denen zwar der Begriff der Umgehung verwendet, jedoch vom Gesetzgeber zusätzlich begrifflich eingeschränkt wird²⁷. Die erste Gruppe der Umgehungsgesetze, bei denen die gesetzgeberische Ausfüllung fehlt, wird allgemein unter dem Gesichtspunkt des Art. 103 II GG vor allem im Hinblick auf das Analogieverbot für verfassungswidrig gehalten²⁸, während es in den anderen Fällen lediglich um die Subsumtion des Täterverhaltens unter den vom Gesetzgeber selbst ausgefüllten Umgehungsbegriff geht. Für die Frage der Gültigkeit kommt es im zweiten Fall lediglich noch darauf an, ob die vom Gesetzgeber

26) Vgl. für die ersten Jahre der Geltung des GWB Frankfurter Kommentar § 38 Rdn. 67 mit Nachw. vor allem der älteren Literatur; EHLE, WRP 1964, 6 ff.; STÖCKEL, Gesetzesumgehung S. 141 ff. (147); TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 58 m. w. Nachw.

27) Hierzu die eingehende Untersuchung von STÖCKEL, in diesem Zusammenhang vor allem S. 121 ff. (126 f.), 141 ff.; FIKENTSCHER, Preisempfehlung S. 50 ff.; auch TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 58

28) STÖCKEL, Gesetzesumgehung S. 136 ff. (147); TEICHMANN, WRP 1966, 94

gegebene Umschreibung des Umgehungsbegriffs ihrerseits den an eine Strafnorm zu stellenden Anforderungen entspricht (Bestimmtheit!)²⁹. Die überwiegende Meinung im Kartellrecht geht - teils stillschweigend - dahin, den Tatbestand des § 38 II 2 dem zweiten Typ der Umgebungsgesetze zuzuordnen und ihn als Art. 103 II GG entsprechend zu behandeln³⁰. Diese Ansicht ist zumindest anfechtbar. Zwar trifft es zu, daß der Gesetzgeber hier den allgemeinen Umgehungsbegriff durch ein beschreibendes Merkmal, nämlich das gleichförmige Verhalten, ergänzt. Damit ist aber keineswegs der Gesamtbegriff der Umgehung umschrieben, sondern lediglich ein Ausschnitt desselben, weshalb auch der Umgehungsbegriff gleichwohl im Tatbestand auftaucht und es daher notwendig wird, neben dem vom Gesetzgeber gegebenen beschreibenden Element noch auf allgemeine Kriterien des Umgehungsbegriffs wie den Umgehungserfolg zurückzugreifen³¹. Daher ordnet auch STÖCKEL das Empfehlungsverbot nicht bei den voll umschriebenen Umgehungstatbeständen ein, sondern charakterisiert es zu Recht als einen Mischfall, bei dem der allgemeine Umgehungsbegriff nur "begrifflich eingeschränkt" sei³². Er kommt deshalb im Ergebnis dazu, diesen Tatbestand für zumindest bedenklich zu halten, da er (mangels vollständiger gesetzgeberischer Umgehungsbeschreibung) nur schwer ohne Analogieerwägungen konkretisierbar sei³³. Schon bei den vom Gesetzgeber gegebenen Ausfüllungselementen (Empfehlung und gleichförmiges Verhalten) könnte man - wenn man sie im

29) STÖCKEL, aaO (Anm. 27) S. 127

30) So FIKENTSCHER, Preisempfehlung S. 52, 59; TEICHMANN, WRP 1966, 93 f.; BGHSt 14, 55, 62 = BGH WuW/E BGH 369; ebenso ohne nähere Begründung MAYER-WEDELIN in: Gemeinschaftskommentar § 38 Rdn. 20; TETZNER, Kartellrecht S. 210; RASCH-WESTRICK erwähnen diese Frage gar nicht, § 39 Rdn. 5 ff.; MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 32 begnügen sich mit dem Hinweis, die Verfassungsmäßigkeit sei umstritten; entschieden für Verfassungswidrigkeit nur HUBER, Empfehlungsverbot S. 65

31) Vgl. EHLE, WuW 1964, 308 f., 320 ff.

32) Gesetzesumgehung S. 127

33) aaO (Anm. 32) S. 147

Hinblick auf allgemeine strafrechtliche Anforderungen prüft³⁴ - dazu gelangen, sie für unbestimmt zu halten. Die oben³⁵ geschilderten Auslegungs- und Abgrenzungsschwierigkeiten lassen zweifelhaft erscheinen, ob diese Merkmale eine sichere Grundlage für die Auslegung bieten³⁶.

Überdies kommen, da die gesetzgeberische Ausfüllung nur unvollständig ist, über den allgemeinen Umgebungs-begriff doch wieder die Merkmale der umgangenen Norm (Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeeinflussung) in den Tatbestandsbereich der Umgebungs-norm herein, so daß bei dieser eine noch über § 38 I Nr. 1 hinausgehende Konzentration von unbestimmten Merkmalen erfolgt³⁷. Der Vorschlag, den verfassungsrechtlichen Bedenken dadurch entgegenzutreten, daß bei der Auslegung des § 38 II 2 die generellen Begriffe soweit als möglich auf konkret umrissene Tatbestandsmerkmale zurückgeführt werden³⁸, ist, wie die Erörterungen zu § 38 I Nr. 1 gezeigt haben, wenig erfolgversprechend.

III. Folgerungen

Es fragt sich auch hier, ob der Gesetzgeber mit dem Einsatz eines Bußgeldtatbestandes zum Schutz der Wettbewerbsordnung den richtigen Weg beschritten hat. Bemerkenswert ist, daß hier im Gegensatz zu den meisten anderen Umgehungstatbeständen³⁹ § 38 II 2 nicht die eigentlichen Umgehungstäter trifft: Diejenigen, die die eigentliche Umgehungshandlung begehen, nämlich durch gleichförmiges Verhalten den Wettbewerb beschränken, werden vom Bußgeldtatbestand nicht erfaßt. Vielmehr

34) STÖCKEL, aaO S. 127

35) § 7 I

36) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 103 II Rdn. 107

37) Ähnlich LANGEN § 38 Rdn. 12

38) Frankfurter Kommentar § 38 Rdn. 67

39) Vgl. die bei STÖCKEL, Gesetzesumgehung S. 147 angeführten § 5 GüKG, § 6 PersBefG, § 6 II, 8 Rechtsberatungsmißbrauchsgesetz, § 27 I, 4 PostG

wird allein derjenige mit Geldbuße bedroht, der die Umgehung durch einen vorangehenden Akt, die Empfehlung, gewissermaßen hervorruft⁴⁰. Das erscheint als überaus komplizierter Umweg, wenn man bedenkt, daß erklärtes Ziel des § 38 II 2 sein soll, die Beeinträchtigung der Institution des Wettbewerbs und die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Marktgegenseite zu unterbinden⁴¹. Da aber die eigentlichen Umgehungshandlungen angesichts der Schwierigkeit, das gleichförmige Verhalten nicht nur objektiv, sondern auch in einem subjektiven Tatbestand zu erfassen⁴², sich kaum direkt mittels eines Bußgeldtatbestands (der ja notwendig auch einen subjektiven Teil enthält) erfassen lassen, ist der Gesetzgeber offensichtlich auf die formale Lösung ausgewichen, hier schon (und ausschließlich) das Vorfeld der eigentlichen Umgehung zu bewahren. Angesichts der straf- und verfassungsrechtlichen Bedenken, die ein solches Verfahren mit sich bringt (der "Haupttäter" bleibt straffrei!), wäre auch hier zu erwägen, ob nicht ein auf objektive Kriterien beschränktes Verwaltungsverfahren, das wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen mittels Einzeleingriffen bekämpft, angebrachter wäre als ein Bußgeldtatbestand. Diese Zweifel werden dadurch bestärkt, daß sich die Kartellbehörden auch hier - wie im Bereich des § 38 I Nr. 1 - genötigt sehen, durch Richtlinien für Einzelfälle und Fallgruppen im voraus zu erklären, ob sie ordnungswidrigkeitsrechtlich einschreiten werden oder nicht⁴³. Diese Praxis vermeidet zwar die sonst erheblichen Schwierigkeiten des Vorsatznachweises, behebt aber nicht die Bedenken gegen die Rechtsgültigkeit.

40) Allerdings wird in der kartellrechtlichen Literatur teilweise die Ansicht vertreten, daß schon die Empfehlung Bestandteil der Umgehung sei, vgl. MAYER-WEGELIN in: Gemeinschaftskommentar § 38 Rdn. 26 mit Bezug auf BGHSt 14, 55, A.A. EHLE, WuW 1963, 972 ff.

41) EHLE, WuW 1964, 326

42) EHLE, WuW 1964, 317 ff.

43) Vgl. Frankfurter Kommentar § 38 Rdn. 97

§ 8 Die Gruppe der Zuwiderhandlungen gegen Verfügungen, Verbote und Auflagen der Kartellbehörden

I. Das Wesen dieser Gruppe

Das materielle Kartellrecht gibt den Kartellbehörden eine Vielzahl von Ermächtigungen zu konkreten Einzelmaßnahmen. Lediglich im Bereich derjenigen kartellrechtlich relevanten Verhaltensweisen, die den generellen Verboten wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens (§§ 1, 15, 20 I u.a.) unterliegen, sieht das GWB keine Ermächtigungen zu Verwaltungsmaßnahmen der Behörden vor¹. Den Bereich dieser Gruppe bilden demnach die im Gesetz ausdrücklich aufgezählten Fälle der Eingriffsermächtigungen, die in Verbindung mit § 38 zu Bußgeldtatbeständen werden. Diese Gruppe soll zunächst unter beispielhaftem Herausgreifen der wichtigsten Fälle erörtert werden, wobei das Schwergewicht auf der Darlegung der zahlreichen - unnötigen - gesetzestechnischen Komplikationen und Überschneidungen liegen wird. Im Anschluß werden dann die strafrechtlichen Besonderheiten dieser Gruppe zu behandeln sein.

II. Die Tatbestände des § 38 I Nr. 2

Hier ist das Hinwegsetzen über die Unwirksamkeit erfaßt, die sich nicht kraft Gesetzes, sondern durch eine Unwirksamkeitserklärung der Behörden ergibt. In den Einzelmerkmalen ist dieser Tatbestand dem § 38 I Nr. 1 nachgebildet, so daß eine besondere Erörterung nicht notwendig erscheint.

1) Zum Streit darüber, ob auch in diesen Bereichen Verfügungen zulässig seien, vgl. oben § 6 II 1; v. KÖHLER, VerwArch. 1963, S. 284 f. sowie GUTZLER, NJW 1963, S. 521 ff. und STRICKRODT, WuW 1960 S. 831 ff.

III. Die Fälle des § 38 I Nr. 4

Hier werden sämtliche im GWB verstreuten Eingriffsermächtigungen erfaßt, soweit sie zu Verfügungen führen, die nicht ausschließlich auf die Unwirksamkeitserklärung von Verträgen und Beschlüssen gerichtet sind.

1.) Die Zuwiderhandlung gegen eine auf § 38 III 5 gestützte Verfügung:

Die Empfehlungen nach § 38 III sind vom allgemeinen Empfehlungsverbot ausgenommen, unterliegen aber der Mißbrauchsaufsicht². Dieser Tatbestand hat nur einen geringen Anwendungsbereich und erscheint durchaus entbehrlich: Stellt die Behörde durch Verfügung fest, daß die speziellen Voraussetzungen des § 38 III fehlen, so unterliegen diese Empfehlungen dem allgemeinen Empfehlungsverbot, sofern die weiteren Voraussetzungen des § 38 II 2 gegeben sind, nämlich das Bewirken einer Umgehung durch gleichförmiges Verhalten³. Für die Nr. 4 des § 38 I bleiben also nur die Fälle übrig, in denen die Wiederholung oder die neue gleichartige Empfehlung nicht die in § 38 II 2 vorausgesetzten Wirkungen hat, also erfolglos bleibt. Für die Durchschlagskraft der Verfügungen nach § 38 III würde es völlig genügen, daß mit der Unzulässigkeitserklärung die Freistellung verloren geht und damit im Falle des Erfolgs der Empfehlung die Bußgeldsanktion des § 38 II eingreift. Darüber hinaus die an sich freigestellte und bloß im Einzelfall für unzulässig erklärte Normen- und Typenempfehlung als Verstoß gegen eine Verfügung auch dann bußgeldmäßig zu ahnden, wenn sie ohne materielle Folgen bleibt, erscheint unnötig - wird doch auch die sonstige (weit gefährlichere⁴) Empfehlung nur dann geahndet, wenn sie

2) Unter Mißbrauch ist hier, entsprechend dem zu § 12 I Nr. 1 entwickelten Begriff die Ausnutzung der Freistellung in einer Weise, die ihr nicht zugeordnet ist, zu verstehen; vgl. MÜLLER-GRIES-GIESSLER, § 12 Rdn. 2; MEYER-WEGELIN in: Gemeinschaftskommentar Novelle 1965, § 38 Rdn. 5

3) Allgem. Ansicht, vgl. nur MEYER-WEGELIN aaO (Anm. 2)

4) Dieser Ansicht ist offenbar auch der Gesetzgeber, da er außer der Normen- und Typenempfehlung und der Mittelstandsempfehlung keine weitere Freistellung vorsieht, also alle sonstigen Empfehlungen verbietet.

über gleichförmiges Verhalten zu einer Umgehung führt. Hier wird lediglich im Interesse eines perfektionistischen Sanktionsschutzes ein weiterer, gesetzestechnisch überaus komplizierter Bußgeldtatbestand mit minimalem punktuelltem Anwendungsbereich geschaffen.

2.) Die Zuwiderhandlung gegen eine auf § 12 II Nr. 1 gestützte Verfügung

Dieser wichtige Tatbestand betrifft die Mißbrauchsaufsicht über diejenigen Kartelle, deren Wirksamkeit nicht an eine Erlaubnis der Behörden gebunden ist. Dazu gehören die Nichtwiderspruchskartelle, bei denen die Wirksamkeit davon abhängt, daß das Kartell angemeldet wird und die Behörde binnen drei Monaten nicht widerspricht (Konditionenkartell, § 2; Rabattkartell, § 3; Spezialisierungskartell, § 5 a). Weiter unterliegen der Mißbrauchsaufsicht die Anmeldekartelle, die gem. § 9 II 1 durch Anmeldung wirksam werden (Normen- und Typenkartell, § 5 I; reines Ausfuhrkartell, § 6 I) sowie die Verträge über einheitliche Methoden der Leistungsbeschreibung oder Preisaufgliederung, § 5 IV⁵.

Nach § 12 stehen den Behörden dreierlei Eingriffsmöglichkeiten zur Verfügung: das Gebot, den beanstandeten Mißbrauch abzustellen, das Gebot, die Verträge und Beschlüsse abzuändern und die Unwirksamkeitserklärung. Hier zeigt sich deutlich die verwirrende Systematik des Gesetzgebers bei den Zuwiderhandlungstatbeständen. Unter § 38 I Nr. 4 fällt lediglich die erste der drei Eingriffsmöglichkeiten, nämlich die Zuwiderhandlung gegen eine Verfügung, die das Abstellen eines beanstandeten Mißbrauchs aufgibt. Die Unwirksamkeitserklärung ist durch ausdrücklichen Verweis in § 38 I Nr. 2 in diesen Tatbestand einbezogen und dort sanktioniert. Das Gebot, Verträge oder Beschlüsse zu ändern, wird als Auflage angesehen und dem Tatbestand des § 38 I Nr. 6 unterstellt⁶.

5) Letztere sind nach dem Gesetzeswortlaut vom Kartellverbot ausgenommen, vgl. nur RASCH-WESTRICK § 5 Rdn. 37, unterliegen aber - wie manche meinen systemwidrig (DERINGER in: Gemeinschaftskommentar § 5 Rdn. 137) - einer Anmeldepflicht.

6) H.M., vgl. MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 12 Rdn. 8

Es fällt schwer, die Notwendigkeit dieser Differenzierung einzusehen, zumal auch das Gebot, einen Mißbrauch abzustellen, als Auflage angesehen werden kann⁷ und sich damit ebenfalls zwanglos bei § 38 I Nr. 6 einordnen ließe. Es bestätigt sich hier wieder die früher geäußerte Ansicht, daß die Bußgeldbestimmungen des § 38 nicht einem eigenen, in sich geschlossenen Ordnungsprinzip folgen, sondern lediglich als verwirrendes Konglomerat von Bewehrungen materieller Regelungen ins Gesetz eingeflossen sind.

3.) Die Zuwiderhandlung gegen eine auf § 17 I gestützte Verfügung

§ 17 gibt den Kartellbehörden für die an sich erlaubten Preisbindungen für Markenwaren folgende Eingriffsmöglichkeiten: Unter bestimmten Voraussetzungen kann die Preisbindung für unwirksam erklärt oder die Anwendung einer neuen, gleichartigen Bindung verboten werden. Zuwiderhandlungen gegen Verfügungen dieses Inhalts scheinen nach der Verweisung in § 38 I Nr. 4 diesem Bußgeldtatbestand zu unterliegen. Nun findet sich aber eine Verweisung auf die Unwirksamkeitserklärung nach § 17 I nicht nur in § 38 I Nr. 4, sondern auch in Nr. 2, wo zusammengefaßt das Sichhinwegsetzen über die durch Unwirksamkeitserklärung der Kartellbehörde bewirkte Unwirksamkeit mit Geldbuße bedroht wird. Da aber auch die Unwirksamkeitserklärung eine Verfügung der Kartellbehörde darstellt⁸, käme eine Ordnungswidrigkeit nach beiden Nummern des § 38 I zum Zuge. Dem kann nicht zugestimmt werden. Die einzelnen Nummern des § 38 I sind im Laufe der Ausschüßberatungen über den Regierungsentwurf (dort § 31) entsprechend den im materiellen Teil des Gesetzes vorgenommenen Änderungen ergänzt worden. Dabei wurde die im Regierungsentwurf nicht vorhandene Nr. 2 vollständig neu eingefügt⁹.

7) DÖRINKEL in: Gemeinschaftskommentar § 12 Rdn. 20

8) MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 17 Rdn. 28, 29

9) Vgl. dazu den Schriftlichen Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses, BT-Drucksache II/Nr. 3644 (Textteil) S. 28 und zu BT-Drucksache Nr. II/3644 (Bericht) S. 32

Deshalb ist davon auszugehen, daß Nr. 2 sämtliche Fälle der Unwirksamkeitserklärung abschließend erfassen sollte. Damit scheiden diejenigen Verfügungen, die eine Unwirksamkeitserklärung zum Gegenstand haben, aus dem Tatbestand der Nr. 4 aus. Dort verbleiben nur diejenigen Verfügungen, die sich ohne Unwirksamkeitserklärungen zu enthalten, auf die in Nr. 4 genannten Ermächtigungsnormen stützen. Nur mit dieser Abgrenzung lassen sich in den ohnehin schon verwirrenden Tatbeständen weitere Überschneidungen und Komplikationen vermeiden. Daraus folgt für § 17 I in Verb. mit § 38 I Nr. 4, daß sich der Anwendungsbereich auf Verfügungen verengt, die das Verbot neuer gleichartiger Preisbindungen zum Gegenstand haben. Diese Konsequenz scheint auch die Literatur zu ziehen, wenn zwar der Anwendungsbereich der Nr. 4 i. V. m. § 17 unklar bleibt, jedenfalls aber als von praktisch geringer Bedeutung eingeschätzt wird¹⁰. Danach erscheint dieser Teiltatbestand überhaupt entbehrlich, da ja die Behörde ohne großen Mehraufwand die neue gleichartige Bindung wiederum mit einer Unwirksamkeitsverfügung bekämpfen könnte.

4.) Die Zuwiderhandlung gegen eine auf § 18 gestützte Verfügung

Nach § 18 hat die Kartellbehörde für bestimmte Arten von beschränkenden Verträgen ähnlich wie in § 17 die Eingriffsmöglichkeiten der Unwirksamkeitserklärung und das Verbot neuer gleichartiger Bindungen. Auch hier gilt das im Vorigen Gesagte, daß nämlich bezüglich der Unwirksamkeitserklärung der Tatbestand des § 38 I Nr. 2 als die speziellere Norm vorgeht, so daß wiederum für § 38 I Nr. 4 nur die Zuwiderhandlung gegen das Verbot neuer gleichartiger Bindungen übrigbleibt.

Dieses Verbot hat den Sinn, die Beteiligten daran zu hindern, nach Unwirksamkeitserklärung der alten Bindung eine entsprechende neue einzugehen und damit die Unwirksamkeitserklärung zu unterlaufen, soll also Umgehungen verhindern¹¹.

10) Vgl. etwa SCHWARTZ in: Gemeinschaftskommentar § 17 Rdn. 37, 39; MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 17 Rdn. 36

11) SCHWARTZ in: Gemeinschaftskommentar § 18 Rdn. 43

Der Wert dieses Teiltatbestandes ist mehr als fraglich. Er würde im Falle der Gleichartigkeit der Behörde eine neue Verfügung ersparen und erlauben, unmittelbar das Bußgeldverfahren einzuleiten. Jedoch ist die Frage der Gleichartigkeit keineswegs leicht zu beantworten¹². Vor allem wird der Betroffene im Bußgeldverfahren sich dahin verteidigen, daß bei der neuen Bindung andere rechtliche Gesichtspunkte oder andere tatsächliche Verhältnisse zu beachten seien. Hat er damit recht, so wäre das Verfahren einzustellen und die Behörde müßte doch eine erneute Unwirksamkeitserklärung erlassen. Es blieben also nur diejenigen - sicher seltenen - Fälle übrig, in denen die Gleichartigkeit auf der Hand liegt und der Betroffene nichts wesentliches zu seiner Verteidigung vorbringen könnte. Es wäre demnach durchaus daran zu denken, auch hier einen Bußgeldtatbestand mit kleinstem Anwendungsbereich abzuschaffen und der Behörde auch für diese Restfälle zuzumuten, eine neue Unwirksamkeitserklärung zu erlassen, bei der sie sich - vor allem soweit es um aufwendige Erforschung von Marktverhältnissen geht - auf die Gründe der ersten Verfügung stützen könnte.

5.) Die Zuwiderhandlung gegen eine auf § 22 IV gestützte Verfügung

Dieser Tatbestand betrifft die Mißbrauchsaufsicht gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen. Auf die allgemeine Problematik, die diese Bestimmung in rechtlicher und vor allem politischer Hinsicht umgibt, kann und soll hier nur insoweit eingegangen werden, als strafrechtliche Belange berührt werden¹³.

Als Eingriffsmöglichkeiten sieht das Gesetz die Unwirksamkeitserklärung von Verträgen und daneben das Verbot mißbräuchlichen Verhaltens vor. Auch hier beschränkt sich der

12) MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 18 Rdn. 72; vgl. auch Frankfurter Kommentar § 18 Rdn. 98

13) Zur allgemeinen Problematik vgl. LANGEN, Vorbem. vor § 22 und BARTHOLOMEYCZIK in: Gemeinschaftskommentar Vorbem. vor § 22 und Novelle 1965 § 22 Rdn. 1 ff. je mit ausf. Nachw. der äußerst umfangreichen Literatur; RAISCH in: Wettbewerb als Aufgabe, S. 357

Anwendungsbereich des § 38 I Nr. 4 auf das Verbot des mißbräuchlichen Verhaltens, weil die Unwirksamkeitserklärung durch die Spezialvorschrift des § 38 I Nr. 2 bußgeldbe-
wehrt ist.

Die Eingriffsmöglichkeiten sind an zwei Voraussetzungen ge-
bunden: Einmal das Bestehen einer marktbeherrschenden Stel-
lung und zum anderen die mißbräuchliche Ausnutzung dieser
Stellung. Die Marktbeherrschung wird zwar im Gesetz definiert
(§ 22 I, II), verursacht aber in der praktischen Anwendung
als Tatbestandsmerkmal erhebliche Schwierigkeiten und ist
auch in der Literatur z. Teil heftig umstritten¹⁴. Nicht
weniger problematisch ist der Begriff des mißbräuchlichen
Ausnutzens. In der früheren Fassung des § 22 waren zwei be-
stimmte Arten von Mißbrauchsfällen abschließend aufgeführt.
Die Kartellnovelle 1965 hat diese Bestimmung durch die Ein-
führung der obengenannten Generalklausel abgelöst. Die Frage,
wonach das Vorliegen eines Mißbrauchs zu beurteilen sei,
hat die Literatur seit langem beschäftigt. Dabei wurden die
verschiedensten Ansatzpunkte benutzt und auch heute läßt
sich eine abschließende Klärung und Herausbildung eines fest-
umrissenen Begriffs noch nicht feststellen¹⁵. Immerhin scheint
sich eine gewisse Übereinstimmung dahingehend anzubahnen,
daß nicht etwa an den zivilrechtlichen Begriff des Rechts-
mißbrauchs im Sinne des § 242 BGB angeknüpft wird¹⁶. Viel-
mehr soll entscheidend sein, daß das Verhalten, das als
mißbräuchlich gekennzeichnet werden soll, "im Rahmen der
Wirtschafts- und Sozialordnung, wie sie insbesondere das
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen erstrebt, keine

14) Dazu eingehend LANGEN, § 22 Rdn. 2 - 6, der vor allem
die volkswirtschaftsbezogene, auf die abstrakte Fest-
stellung der Marktbeherrschung ausgerichtete Dar-
stellung des Marktbegriffs und der Marktformen etwa
bei RASCH-WESTRICK, § 22 Rdn. 7 ff. und BARTHOLOMEYCZIK
in: Gemeinschaftskommentar § 22 Rdn. 15 ff. kritisiert.
Vgl. auch TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 61 mit
Nachw.

15) Vgl. die Zusammenstellung der Meinungen bei LANGEN,
§ 22 Rdn. 35 ff.

16) So aber Frankfurter Kommentar § 22 Rdn. 47, 50; vgl.
auch BARTHOLOMEYCZIK in: Gemeinschaftskommentar § 22 Rdn.
83, 84: "Mißbrauch der Marktstellung ... liegt daher vor,
wenn der Marktteilnehmer objektiv gegen die Rücksichten
verstößt, die er nach Treu und Glauben auf die anderen
Marktteilnehmer zu nehmen hat".

Anerkennung finden kann"¹⁷. Mit Einführung der Generalklausel anstelle der früheren Regelung sind auch Vertreter der älteren Richtung dieser Ansicht näher gekommen¹⁸. Mit dieser Orientierung geht aber auch eine erhebliche Ausweitung einher, da sich das mißbräuchliche Ausnutzen nun nicht mehr wie in der alten Fassung auf einen bestimmten Ausnutzungsgegner (Lieferant, Kunde, Wettbewerber) bezieht, sondern sich auch gegen die Allgemeinheit richten kann, allerdings nur in dem Rahmen, der § 22 im GWB zugewiesen ist¹⁹. Gerade LANGEN²⁰, der im übrigen dieser neueren Ansicht folgt, weist auf die damit verbundene erhebliche Verstärkung der Rechtsunsicherheit hin, glaubt aber, dies werde dadurch entschärft, daß die Annahme eines Mißbrauchs in jedem Falle eine nach gründlicher Verhandlung und eventueller Abmahnung ergangene rechtsmittelfähige Entscheidung der Kartellbehörde voraussetzt, wobei außerdem die Beweislast auf seiten der Behörde liegt. Jedenfalls bestreitet niemand, daß hier eine Konkretisierung durch die Rechtsanwendung unumgänglich ist²¹. Weiterhin ist umstritten, was Inhalt der Verbotsverfügung sein kann. Während die überwiegende Meinung nur negative Entscheidungen zuläßt²², kommt eine Mindermeinung²³ unter

17) RASCH-WESTRICK, § 22 Rdn. 25

18) BARTHOLOMEYCZIK in: Gemeinschaftskommentar, Novelle 1965 § 22 Rdn. 9 ersetzt das Merkmal "Rücksicht nach Treu und Glauben" durch die Rücksicht auf andere Marktteilnehmer, die vom beherrschenden Unternehmen als Teilnehmer der sozialen Marktwirtschaft erwartet werden kann. Vgl. dazu auch RAISCH, JZ 1965, 626 ff. und das Gutachten des wissenschaftlichen Beirats (BT-Drucksache IV/Nr. 617, S. 96, Nr. 46), wonach die Maßstäbe für den Mißbrauch aus den Ordnungsprinzipien einer Wettbewerbswirtschaft abzuleiten sind.

19) So LANGEN § 22 Rdn. 41

20) § 22 Rdn. 46

21) Vgl. auch die Versuche zur Herausbildung von Typen und Fallgruppen etwa bei BARTHOLOMEYCZIK in: Gemeinschaftskommentar, Novelle 1965 § 22 Rdn. 9 ff. (unter Bezug auf die schon zur alten Fassung gebildeten Gruppen, Gemeinschaftskommentar § 22 Rdn. 78 ff.) und (knapper) bei RASCH-WESTRICK, § 22 Rdn. 27 ff.

22) LANGEN, § 22 Rdn. 51; RASCH-WESTRICK, § 22 Rdn. 38 f.; BARTHOLOMEYCZIK in: Gemeinschaftskommentar § 22 Rdn. 107; Frankfurter Kommentar § 22 Rdn. 64

23) Vgl. etwa BARTHOLOMEYCZIK in: Gemeinschaftskommentar, Novelle 1965 § 22 Rdn. 3; NIEDERLEITHINGER/POECHE, WRP 1965, S. 311

Berufung auf die jetzige Generalklausel dazu, in besonderen Fällen auch positive Entscheidungen, etwa die Festsetzung eines Kontrahierungszwanges, zuzulassen. Dann aber treten neben die bisher geschilderten Probleme der Tatbestandsmerkmale noch die Schwierigkeiten, von Amts wegen etwa den angemessenen Preis zu ermitteln, weshalb auch die Vertreter dieser Meinung den Behörden insoweit zur Zurückhaltung raten²⁴.

6.) Kritik am Tatbestand des § 38 I Nr. 4

Abgesehen von § 22 IV hat sich in sämtlichen behandelten Teiltatbeständen des § 38 I Nr. 4 ergeben, daß entweder die Sanktionierung ganz entbehrlich ist oder daß die entsprechende Verhaltensweise ohne weiteres durch andere vorhandene Bußgeldtatbestände aufgefangen werden könnte. Im Interesse der Klarheit und Praktikabilität des Gesetzes bleibt demnach zu fordern, daß diese Nummer dahin geändert werden sollte, daß nur noch die Mißbrauchsaufsicht über die marktbeherrschenden Unternehmen und über die vom Kartellverbot freigestellten Ausnahmereiche (§§ 102, 99 II, 100 und 103) dem § 38 I Nr. 4 unterliegt. Dabei wäre dann noch zu erwägen, ob nicht im Interesse der Klarheit die Unwirksamkeitserklärung für diese Gebiete aus § 38 I Nr. 2 heraus- und in § 38 I Nr. 4 mit hineingenommen werden sollte.

IV. Die Zuwiderhandlungen gegen Auflagen, § 38 I Nr. 6

1.) Ausdrückliche Ermächtigungen

Solche Ermächtigungen zum Erlaß von Auflagen finden sich im GWB an zahlreichen Stellen (z.B. §§ 11 III, IV; 14 II; 20; 27). Daß diese Auflagen vom Bußgeldtatbestand des § 38 I Nr. 6 erfaßt werden, steht außer Zweifel.

Daneben versuchen aber Literatur und Praxis weitere Fälle, in denen nicht ausdrücklich Auflagen vorgesehen sind, dem Tatbestand zu unterstellen.

24) BARTHOLOMEYCZIK aaO (Anm. 23) a.E.

2.) Auflagen nach § 12 II Nr. 2

Die Maßnahme nach § 12 II Nr. 2 ist nirgends ausdrücklich bußgeldbewehrt. Daher versucht die Literatur, sie als Auflage zu bezeichnen und damit dem § 38 I Nr. 6 zu unterstellen²⁵. Nun legt aber das GWB beim Begriff der Auflage den allgemeinen, von der Verwaltungsrechtslehre entwickelten Begriff zugrunde²⁶. Danach ist die Auflage zwar selbständig anfechtbar und durchsetzbar, jedoch ist sie in ihrem rechtlichen Schicksal an einen Hauptakt gebunden, der seinerseits eine Ermächtigungsgrundlage braucht und von dessen Charakter her sich erst beurteilen läßt, ob ihm eine Auflage hinzugefügt werden darf²⁷. Diesen Merkmalen entspricht die Maßnahme nach § 12 II Nr. 2 aber nicht. Bei der Mißbrauchsaufsicht nach § 12 handelt es sich um einen in sich geschlossenen Bereich der Kartellaufsicht mit bestimmten, in § 12 aufgezählten Eingriffsmöglichkeiten, an die sich die Behörde halten muß²⁸. Die Verfügungen, die sich auf § 12 II stützen, sind demnach selbständige Verwaltungsakte mit eigener, gesetzlich geregelter Ermächtigungsgrundlage. Weder sind sie mit irgendeinem anderen Akt verbunden, noch beziehen sie sich nachträglich auf einen vorangegangenen Akt, von dessen rechtlichem Bestand sie abhängig wären. Sie erfüllen daher nicht die Anforderungen, die an den Begriff der Auflage zu stellen sind. Daraus folgt, daß es nicht möglich ist, im Wege der Auslegung die Verfügung nach § 12 II Nr. 2 dem Bußgeldtatbestand des § 38 I Nr. 6 zuzuordnen. Man könnte allenfalls daran denken, im Wege der Analogie- gestützt auf die inhaltliche Verwandtschaft der Verfügung nach § 12 II Nr. 2 mit einer Auflage - die Strafbarkeit auch auf die Zuwiderhandlung gegen diese Verfügung zu erstrecken. Jedoch verbietet sich dieser Weg

25) LANGEN, § 12 Rdn. 6; MÜLLER-GRIES-GIESSLER, § 12 Rdn. 8

26) So ausdrücklich BENISCH, WuW 1961, 450; v. KÖHLER, BB 1961, 1354; LANGEN, § 11 Rdn. 6; stillschweigend gehen auch DÖRINKEL in: Gemeinschaftskommentar § 11 Rdn. 4, 7 und MÜLLER-GRIES-GIESSLER, § 11 Rdn. 8 von diesem Begriff aus.

27) Vgl. FORSTHOFF, Lehrbuch S. 208 f.; H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 49 I d und II

28) Dazu nur LANGEN, § 12 Rdn. 2; MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 12, Rdn. 4 ff.

ohne weiteres, da das strafrechtliche Analogieverbot auch im Ordnungswidrigkeitenrecht und damit im Kartellrecht Geltung hat, § 3 OWiG²⁹. Dieses Ergebnis ist auch durchaus sinnvoll. Sieht man einmal vom Streben nach umfassender Bußgeldbewehrung sämtlicher kartellrechtlicher Verfügungen ab, das in der Fassung des Bußgeldkatalogs des § 38 deutlich zum Ausdruck kommt, so gibt es keinen zwingenden Grund, auch die Verfügung nach § 12 II Nr. 2 einem Bußgeldtatbestand unterzuordnen. Wird die Verfügung, einen Vertrag zu ändern, nicht befolgt, so steht der Kartellbehörde noch immer das Mittel der Nr. 3 zur Verfügung, nämlich den Vertrag für unwirksam zu erklären, denn wenn die Voraussetzung für eine Änderungsverfügung gegeben ist, liegt gleichzeitig (bei deren Erfolglosigkeit) auch die Voraussetzung der Unwirksamkeitserklärung vor, die ihrerseits bußgeldbewehrt ist. Damit sollte die Wirksamkeit auch der Änderungsverfügung ausreichend sichergestellt sein.

3.) Auflagen bei den Widerspruchskartellen

Noch an einer anderen Stelle, wo im Gegensatz zu § 12 II Nr. 2 eine positive Regelung gänzlich fehlt, ist das Problem der Zulässigkeit von Auflagen entstanden: Obwohl er betont, daß grundsätzlich die Zulässigkeit von Auflagen durch den Gesetzgeber abschließend geregelt sei, glaubt BENISCH³⁰ doch eine Ausnahme zulassen zu können: nämlich beim Widerspruchsverfahren bei den sog. Widerspruchskartellen. Hier soll sich die Kartellbehörde anstelle des totalen Widerspruchs mit der Eintragung des Kartells unter Auflagen begnügen können. In solchen Fällen, wo die Auflage das geringere Mittel im Verhältnis zur unbedingten Ablehnung einer Wettbewerbsbeschränkung darstellt, soll sie auch ohne ausdrückliche Auf-
führung in der betreffenden Vorschrift zulässig sein. Selbst

29) Vgl. dazu REBMANN-ROTH-HERRMANN, OWiG § 3 Rdn. 4; GÖHLER, OWiG § 3 Anm. 1 B c; MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 2; MÖHRING, GRUR 1968, S. 542

30) WuW 1961, 452

wenn man die Richtigkeit dieser nicht unbestrittenen Ansicht³¹ unterstellt, kann sich der Anwendungsbereich des Bußgeldtatbestandes des § 38 I Nr. 6 dadurch nicht erweitern. Auch in diesem Fall handelt es sich - wie DÖRINKEL³² richtig erkennt - um eine analoge Anwendung der vom Gesetzgeber speziell für die Erlaubnisfälle geregelten Zulässigkeit der Auflage auf das Widerspruchsverfahren. Dann aber wirkt sich auch hier die Sperrwirkung des straf- bzw. ordnungswidrigkeitsrechtlichen Analogieverbotes aus: Jedenfalls auf den Umfang des Bußgeldtatbestandes des § 38 I Nr. 6 hat diese Ausdehnung keine Auswirkung. Selbst wenn man derartige Auflagen zulassen wollte, würden sie doch des strafrechtlichen Schutzes entbehren müssen³³.

4.) Auflagen bei Wettbewerbsregeln

Das Bundeskartellamt hält sich noch in einem weiteren Fall für berechtigt, Auflagen zu erteilen, nämlich bei der Eintragung von Wettbewerbsregeln nach § 31. Dies geht aus zwei Beschlüssen hervor, in denen die Befugnis zur Erteilung von Auflagen ohne weitere Begründung angenommen wurde³⁴. Auch hier ist ein Teil der Literatur anderer Ansicht³⁵. Da sich aber auch dieses Verfahren des Kartellamts nur über die Analogie zu § 11 begründen ließe³⁶, gilt entsprechendes wie bei den Auflagen im Widerspruchsverfahren.

Damit ergibt sich, daß der Bußgeldtatbestand des § 38 I Nr. 6 nur Zuwiderhandlungen gegen Auflagen, die auf einer ausdrücklichen Ermächtigung des Gesetzes beruhen, erfaßt. Diese Konsequenz mag für die Praxis mißlich sein, ist aber

31) Ablehnend v. KÖHLER, BB 1961, 1355; DÖRINKEL in: Gemeinschaftskommentar § 11 Rdn. 10; LANGEN, § 11 Rdn. 6 läßt die Frage offen

32) Gemeinschaftskommentar § 11 Rdn. 9

33) So wohl auch BENISCH, WuW 1961, 452

34) WuW E/BKartA 102 und WuW E/BKartA 311

35) v. KÖHLER, BB 1961, 1355; DÖRINKEL in: Gemeinschaftskommentar § 31 Rdn. 4 und § 11 Rdn. 11; zweifelnd LANGEN § 30 Rdn. 5

36) DÖRINKEL, GK § 11 Rdn. 11

auf Grund strafrechtlicher Prinzipien unumgänglich. Sie zeigt zugleich auch in großer Deutlichkeit die Nachteile des vom Gesetzgeber im GWB gewählten Verfahrens, Bußgeldtatbestände relativ oberflächlich dem materiellen Recht eines Sachgebietes anzuhängen.

V. Die Zuwiderhandlungen gegen einstweilige Anordnungen,
§ 38 I Nr. 5

1.) Die gesetzlichen Ermächtigungen zu einstweiligen Anordnungen

Nach der Bestimmung des § 56 Nr. 1 bis 3 sind einstweilige Anordnungen in folgenden Fällen zulässig: im Verfahren bei Erteilung, Verlängerung, Widerruf und Änderung einer Erlaubnis, bei Erlaubniskartellen, bei der Erteilung der Erlaubnis zur Verwertung von Sicherheiten nach § 14 und bei allen Verfügungen in sämtlichen Mißbrauchsverfahren. In anderen, gesetzlich nicht geregelten Fällen sind einstweilige Anordnungen nicht zulässig³⁷, da sonst (entsprechend dem zu dem gleichgelagerten Problem bei den Auflagen Gesagten) gegen das Analogieverbot verstoßen würde.

2.) Beseitigung des Suspensiveffektes durch einstweilige Anordnung

Die weit überwiegende Ansicht in Praxis und Literatur läßt die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit einer angefochtenen Verfügung im Wege der einstweiligen Anordnung zu³⁸.

37) So JUNGE in: Gemeinschaftskommentar § 56 Rdn. 1 für das Widerspruchsverfahren; a.A. GLEISS, NJW 1958, 531; zweifelnd RASCH-WESTRICK, § 56 Rdn. 2; LANGEN, § 56 Rdn. 3; der jedoch meint, die größere Wahrscheinlichkeit spreche für ein Redaktionsversehen, das durch berichtigende Auslegung dahin auszugleichen sei, daß auch im Widerspruchsverfahren einstw. Anordnungen zulässig seien.

38) KG in WuW E/OLG 645; BKartA in WuW E/BKartA 386; JUNGE in: Gemeinschaftskommentar § 56 Rdn. 3; RASCH-WESTRICK § 56 Rdn. 6; v. KÖHLER, NJW 1961, 154, LANGEN, § 56 Rdn. 14, der aber zusätzlich das Vorliegen der Voraussetzungen des § 80 II Nr. 4 VwGO verlangt.

Selbst Autoren, die dies für eine gesetzwidrige Durchbrechung des in § 63 angeordneten Suspensiveffektes halten, lassen zu, daß die Behörde nach Erlaß der Hauptentscheidung selbständige Verwaltungsakte zur Regelung eines einstweiligen Zustandes erläßt³⁹. Damit wird dann aber praktisch dasselbe Ergebnis herbeigeführt⁴⁰, da auf diesem Weg ja ohne weiteres die der angefochtenen Hauptentscheidung zuwiderlaufenden tatsächlichen Verhaltensweisen untersagt werden können⁴¹.

Mit dieser Auffassung der herrschenden Meinung erhält der Bußgeldtatbestand einen bedenklich weiten Anwendungsbereich. Zwar ist diese Ausdehnung nicht mit dem strafrechtlichen Analogieverbot zu erfassen, da es sich hier um Erstreckung durch Auslegung handelt⁴². Anlaß zu Bedenken gibt vielmehr ein Vergleich mit dem Anwendungsbereich der anderen Tatbestände des § 38 I. Die Nummern 2, 4 und 6 nennen als Tatbestandsmerkmal u.a. eine unanfechtbar gewordene Verfügung. Damit soll sichergestellt werden, daß nur eine endgültige, in ihrem Bestand gesicherte Maßnahme der Kartellbehörde Anknüpfungspunkt eines Bußgeldtatbestandes sein kann. Nicht zuletzt sollen damit auch Überschneidungen in der strafrechtlichen Bewertung einer Verhaltensweise und ihrer zivil- oder verwaltungsrechtlichen Beurteilung vermieden werden. Wenn nun - wie gezeigt - im Wege der einstweiligen Anordnung nahezu dasselbe rechtliche Ergebnis erreicht werden kann, wie mit der Hauptverfügung, so bedeutet dies einen Einbruch in das vom Gesetzgeber geschaffene System der Anknüpfung der Bußgeldtatbestände an unanfechtbare Verfügungen: Da auch die einstweilige Anordnung bußgeldbewehrt ist, werden über die Ausdehnung des § 38 I Nr. 5 Bußgeldtatbestände geschaffen, die sachlich den gleichen Inhalt haben wie die Zuwiderhandlung gegen die Hauptverfügung - mit dem einen Unterschied,

39) KATZKE, NJW 1962, 1134

40) RASCH-WESTRICK, § 56 Rdn. 6

41) Vgl. LANGEN, § 56 Rdn. 11; KATZKE, NJW 1962, 1134

42) Besonders deutlich wird dies in der Begründung bei v. KÖHLER, NJW 1961, 154 und LANGEN, § 56 Rdn. 14

daß es auf die Unanfechtbarkeit nicht ankommt. Damit aber wird das vom Gesetzgeber mit den anderen Nummern des § 38 I geschaffene System unterlaufen. Dabei wird nicht verkannt, daß durchaus eine Notwendigkeit besteht, auch einstweilige Anordnungen mit Sanktionsmöglichkeiten zu versehen, jedoch sollte sich dies auf echte zeitliche und sachliche Zwischenlösungen beschränken, die von der Verwirklichung der Hauptverfügung unabhängig sind und deren Bestand ihrer Natur nach von der endgültigen Entscheidung über die Hauptverfügung nicht betroffen werden kann, eben weil sie nur zeitlich und sachlich begrenzte Übergangslösungen darstellen. Allerdings läßt sich hier - wie die Diskussion um die zulässigen Inhalte der einstweiligen Anordnungen deutlich zeigt⁴³ - eine feste Grenze kaum ziehen. Daher besteht begründeter Anlaß zu der Frage, ob es überhaupt sinnvoll ist, die einstweiligen Anordnungen mit einer Bußgeldandrohung zu versehen. Die einzige unmittelbare Druckwirkung, die von der Sanktionierung ausgehen könnte, ist die der Generalprävention. Zumindest bei derart kurzfristigen, jederzeit änderbaren oder aufheb-
baren Regelungen, wie sie einstweilige Anordnungen darstellen, läßt sich deren Wert mit gutem Recht bezweifeln. Zudem sind eigenartige Ergebnisse unvermeidbar: Ordnet die Kartellbehörde im Wege der einstweiligen Anordnung den sofortigen Vollzug etwa einer Mißbrauchsverfügung nach § 12 II Nr. 1 an, und kommt der Betroffene der Verfügung nicht nach (er stellt den "Mißbrauch" nicht ab), so hat er damit einer einstweiligen Anordnung zuwidergehandelt und eine Ordnungswidrigkeit nach § 38 I Nr. 5 begangen, während er nach dem Tatbestand, der die Zuwiderhandlung gegen die Verfügung selbst behandelt (Nr. 4), nicht verfolgt werden kann. Dabei besteht immer die Möglichkeit, daß die Hauptverfügung im Rechtsmittelverfahren zu Fall gebracht wird, womit dann feststeht, daß überhaupt kein Mißbrauch vorgelegen hat. Es wäre daher ernsthaft zu überlegen, ob man sich nicht damit begnügen sollte, Bußgeldfolgen lediglich an die endgültigen, unanfechtbaren Verfügungen anzuknüpfen und im

43) Vgl. die in Anm. 38 und 39 Genannten

Vorfeld der endgültigen Entscheidung sich auf die Durchsetzung der vorläufigen Maßnahmen mit den Mitteln des Verwaltungszwangs zu beschränken⁴⁴.

44) Vgl. dazu GUTZLER, NJW 1963, 521 ff.

§ 9 Strafrechtliche Besonderheiten der Zuwiderhandlungstatbestände

I. Die gesetzestechnische Fassung der Zuwiderhandlungstatbestände

Bezeichnend für die soeben geschilderte Gruppe von Straftatbeständen ist die einheitliche Technik der Tatbestandsfassung. Der Gesetzgeber hat sich hier einer Technik bedient, die auch sonst im Nebenstrafrecht öfters vorkommt¹. Die Strafbestimmung bezeichnet weder eine bestimmte Handlungsweise noch einen bestimmten Gegenstand, sondern hat lediglich die abstrakte Fassung: "Wer einer nach § x ergangenen Verfügung (Auflage, einstweiligen Anordnung) der Kartellbehörde zuwiderhandelt, wird mit Bußgeld belegt". Daß damit noch kein im strafrechtlichen Sinne brauchbarer Tatbestand geschaffen ist, liegt auf der Hand². Vielmehr sind zur Gewinnung eines vollständigen Tatbestandes, der die Rechtsfolgevoraussetzungen und die Strafdrohung enthält, weitere Bestimmungen des Gesetzes heranzuziehen. Dies bringt schon der Gesetzgeber zum Ausdruck, wenn er in den Strafbestimmungen verweist (Verfügung nach § x). Damit ergibt sich auch hier die Notwendigkeit des Zusammenlesens der Strafdrohung mit dem an anderer Stelle zu findenden, die Strafvoraussetzungen enthaltenden Satz. Falls diese Bezugsnorm ihrerseits die Strafvoraussetzungen selbständig enthält, ist dieses Zusammenlesen unbedenklich und wird von der ganz herrschenden Meinung gebilligt, da "der vollständige Strafsatz zeitlich und räumlich bereits existent ist und nur in seinen

1) Vgl. die Nachweise bei TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 95 Fußn. 26

2) Vgl. dazu BAUMANN, AT S. 108 f., 112; JESCHECK, AT S. 167 f.; TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 87 f.

getrennten Elementen zusammengefaßt werden muß"³.

Dem entsprechen die hier in Rede stehenden Bußgeldtatbestände der Nrn. 4 bis 6 des § 38 I nicht. Zwar wird auch hier auf Bestimmungen des sog. materiellen Kartellrechts Bezug genommen. Jedoch bieten diese nicht etwa (im Zusammenlesen mit der Strafdrohung) selbständig die Straf Voraussetzungen, sei es in Form des hypothetischen Urteils, sei es in Form eines Ge- oder Verbots. Vielmehr stellen diese Bestimmungen im Gefüge der materiellen Regelungen des Kartellrechts Ermächtigungen dar, die den Kartellbehörden die Befugnis zum Erlass von Verwaltungsakten verleihen⁴. In diesen Ermächtigungsnormen werden die Voraussetzungen für den Erlass der betreffenden Verfügungen, Auflagen usw. geregelt. Dies ist häufig in der Form geschehen, daß der Gesetzgeber das unerwünschte bzw. verbotene Verhalten beschreibt (wobei sich natürlich angesichts der zugrundeliegenden komplizierten Materie normative Begriffe wie Mißbrauch usw. kaum vermeiden lassen) und an das Vorliegen eines solchen Verhaltens die Zulässigkeit einer behördlichen Verfügung anknüpft⁵. Für die Gestaltung eines darauf aufbauenden Straftatbestandes gab es in diesen Fällen verschiedene Möglichkeiten. Einmal konnte der Gesetzgeber das mißbilligte Verhalten in den Tatbestand aufnehmen und soweit möglich deskriptiv, im übrigen unter Zuhilfenahme von normativen Merkmalen fixieren, wobei auch die jeweilige Verfügung ihren Platz im Tatbestand finden könnte. Für den Fall des § 22 würde eine solche Fassung etwa so aussehen: "Wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung entgegen

3) TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 88 m. zahlr. Nachw. (wobei allerdings unter Hinweis auf M.E. MAYER, AT S. 5 die Notwendigkeit interpretatorischer Gestaltung betont wird, da - bedingt durch die Trennung - der die Strafvoraussetzungen enthaltende Satz nicht die im StGB übliche hypothetische Urteilsform wahren könne, sondern die Form des Gebots oder Verbots annehme)

4) So die allgem. Ansicht im kartellrechtl. Schrifttum, vgl. nur MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 12 Rdn. 5 ff.; LANGEN § 22 Rdn. 51

5) Vgl. etwa § 17 I Nr. 2, § 18, § 22 III

einer Verfügung der Kartellbehörde mißbräuchlich ausnutzt, begeht es eine Ordnungswidrigkeit, die mit Buße ... geahndet wird". Diese Fassung hat der Gesetzgeber jedoch nicht gewählt, sondern die Strafdrohung unmittelbar an die behördliche Verfügung angeknüpft. Damit sind sämtliche, in den Ermächtigungsnormen noch enthaltenen materiellen Merkmale zunächst aus dem Tatbestand ausgeschieden und es läßt sich nur noch von der konkreten Verfügung her bestimmen, was strafbar bzw. ordnungswidrig sein soll. Der unvollständige⁶ Tatbestand wird also ausschließlich durch die Einzelverfügungen der Kartellbehörde ergänzt.

II. Die strafrechtliche Charakterisierung dieser Tatbestände

Damit erhebt sich die Frage nach dem strafrechtlichen Charakter einer solchen Tatbestandsfassung, wobei insbesondere zweifelhaft ist, ob es sich hier um Blankettstrafgesetze handelt⁷. Blankettgesetze werden nach herrschender Meinung definiert als "solche Gesetze, die ihre Strafdrohung auf ein ganz oder teilweise durch andere Rechtsquellen tatbestandlich umschriebenes Verhalten beziehen"⁸. Dabei herrscht Einigkeit darüber, daß der Begriff der Rechtsquelle weiter ist als der des Rechtssatzes im Sinn einer generellen abstrakten Regelung. Auch die Einzelverfügungen begründen Rechte und Pflichten, indem sie in Rechtsverhältnisse gestaltend eingreifen; deshalb darf man sie, was die Frage nach der Blankettnatur angeht, gemeinsam mit den Rechtsätzen unter dem Oberbegriff der Rechtsquelle zusammenfassen⁹. Wenn ein Gesetz neben dem Verweis auf generelle Anordnungen (Verordnungen) oder Vorschriften auch Einzelverfügungen in den

6) Zur Terminologie vgl. TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 87 ff. m. Nachw.

7) TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 95 Fußn. 26

8) WARDA, Abgrenzung S. 5; LOHBERGER S. 14; BAUMANN, AT S. 123 f.; JESCHECK, Lehrbuch S. 78

9) H.M., vgl. WARDA, Abgrenzung S. 6; LOHBERGER S. 18; TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 94 je mit zahlr. Nachw.; JESCHECK, Lehrbuch S. 78

Bereich der strafbaren Zuwiderhandlung einbezieht, so ist nach herrschender Meinung auch für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die Einzelverfügung die Blankettnatur gegeben, wenn die Ausfüllung durch generelle abstrakte Anordnungen im Einzelfall nicht ausreicht, vielmehr ausnahmsweise nur eine Regelung durch Einzelverfügung erfolgen kann. In diesem Fall dient die Einzelverfügung der Durchführung der vom Gesetz ebenfalls in Bezug genommenen allgemeinen Anordnungen. Die Nichtbefolgung erscheint dann auch nur als Zuwiderhandlung gegen die generelle Anordnung; die Einzelverfügung hat dann gewissermaßen "rechtsatzvertretenden Charakter"¹⁰.

Dies gilt zumindest für die sogenannten generellen Blankettgesetze, d.h. die Fälle, wo das Blankettgesetz den Gegenstand, über den die Ausfüllungsbestimmungen eine Regelung treffen sollen, nur ganz allgemein bezeichnet, es also der zuständigen Behörde überlassen bleibt, in welcher Weise der Gegenstand geregelt werden soll¹¹. Bei den sogen. speziellen Blankettgesetzen (Fälle, bei denen das Blankettgesetz auch angibt, wie der Gegenstand zu regeln sei) sollen nach herrschender Meinung die ausnahmsweise vorkommenden Einzelverfügungen nur Tatbestandsmerkmale einer (durch die im Gesetz vorhandene spezielle Beschreibung) vollständigen Strafnorm sein¹². LOHBERGER hingegen will auch hier selbst im Fall der Einzelverfügung die Blankettnatur bejahen, da auch hier die Einzelverfügung Ausfüllung des noch offenen Tatbestandes ebenso wie eine Verordnung bezwecke, also auch hier einen "Rechtssatz vertrete"¹³.

Dagegen wird allgemein die Blankettnatur abgelehnt, wenn lediglich auf Einzelverfügungen und nicht zugleich auf allgemeine Anordnungen als Ausfüllungsbestimmungen verwiesen wird¹⁴. In diesen Fällen wird die Einzelverfügung als Tatbestandsmerkmal einer vollständigen Strafrechtsnorm angesehen.

10) WARDA, Abgrenzung S. 18 f.; LOHBERGER S. 41 m. Nachw.

11) LOHBERGER S. 30; WARDA S. 12, 19 je m. Nachw.

12) WARDA, Abgrenzung S. 18 ff. (19 f.) m. Nachw.

13) S. 42

14) LOHBERGER S. 38, 40 f.; WARDA, Abgrenzung S. 16, 18 je m. umf. Nachw.

In diese Fallgruppe lassen sich aber die kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen gegen Verfügungen nicht eingliedern. Bei den Fällen, für die die Blankettnatur verneint wird, handelt es sich durchweg um Tatbestandsfassungen, bei denen die Strafnorm selbst bereits die Tatbestandsmerkmale weitgehend enthält, sei es in deskriptiver Fassung oder unter Verwendung normativer Elemente, während die noch offene Stelle durch Einbeziehung der behördlichen Verfügung vollends geschlossen wird. Von den zahlreichen bei WARDA¹⁵ und LOHBERGER¹⁶ genannten Beispielen sollen hier nur einige angeführt werden: § 116 StGB (a.F.!) - Nichtentfernen einer auf öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen versammelten Menschenmenge trotz Aufforderung durch den zuständigen Beamten; § 367 I Nr. 13 StGB - wer trotz der polizeilichen Aufforderung es unterläßt, Gebäude, deren Einsturz droht, auszubessern oder niederzureißen; § 5 I WiStG a.F. (1954) - wer entgegen einer Anordnung nach §§ 33, 34 ... Geschäfte betreibt oder eine ihm untersagte Betätigung oder Betriebsführung ausübt. Die Richtigkeit der Ansicht, hier handle es sich um vollständige Tatbestände, bei denen die jeweilige Einzelverfügung ein Tatbestandsmerkmal unter anderen darstelle, läßt sich nicht bestreiten. Gerade diese Art von Tatbestandstechnik hat aber der Gesetzgeber für die hier besprochenen kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen nicht gewählt. Oben ist dargestellt, daß diese Möglichkeit zwar bestanden hätte, jedoch gilt auch dies nicht für alle in Frage stehenden Bestimmungen. Es ist kaum vorstellbar, wie die Zuwiderhandlung gegen eine Auflage etwa nach § 11 II in eine entsprechende Tatbestandsfassung gebracht werden könnte, denn hier müßten die gesamten Voraussetzungen und auch die kartellverwaltungsrechtlichen Maßstäbe mit in einen positiv gefaßten Tatbestand eingearbeitet werden. Diese Schwierigkeiten würden noch bei einer ganzen Reihe anderer Verfügungen, Auflagen oder einstweiligen Anordnungen entstehen. Offenbar nicht zuletzt deshalb hat der Gesetzgeber die einfachere andere Form gewählt, nämlich die Strafdrohung unmittelbar an die Verfügung anzuknüpfen

15) S. 16, 18

16) S. 38, 40 f.

und die Voraussetzungen der Verfügung aus dem Tatbestand herauszulassen.

Daraus folgt aber, daß sich die Frage, welches Verhalten strafbar bzw. ordnungswidrig ist, nicht nach der in Bezug genommenen Ermächtigungsnorm bestimmen läßt, sondern - nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers - nur von der Einzelverfügung her. Dadurch unterscheiden sich die hier behandelten kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen gegen Verfügungen usw. deutlich von allen Fällen der Bezugnahme auf Einzelverfügungen, in denen die Literatur die Blankettnatur verneint¹⁷. Gerade die große Vielfalt der möglichen Inhalte der kartellrechtlichen Verfügungen, Auflagen und einstweiligen Anordnungen¹⁸ erweist, daß erst mit den Einzelverfügungen Ge- oder Verbote, d.h. Verpflichtungen zu einem Tun oder Unterlassen aufgestellt werden. Dies aber ist nichts anderes als die Umschreibung des unter Strafe (bzw. Bußgeldandrohung) gestellten Verhaltens, welche nach der herrschenden Meinung durch die ergänzende Rechtsquelle vorgenommen werden muß¹⁹. Damit wäre eine der wesentlichsten Voraussetzungen für die Blankettnatur gegeben. Es soll nicht behauptet werden, daß damit alle Zweifel ausgeräumt wären: Bedenken bleiben vor allem insoweit, als hier die Tatbestandsumschreibung gänzlich in den Bereich der Einzelverfügung verlagert wird und den generellen, abstrakten Charakter verliert. Trotzdem erscheint die Ansicht berechtigt, daß die Fälle, in denen die Strafdrohung unmittelbar an Einzelverfügungen anknüpft, zwar nicht unter den von der herrschenden Lehre geschaffenen Bereich der Blankettgesetze fallen, jedoch ihrem Wesen nach dem Blankett sehr viel näher stehen als dem entgegengesetzten Begriff, nämlich dem vollständigen Strafgesetz. Die Folge ist, daß bei der weiteren Behandlung die für Blankettgesetze entwickelten Maßstäbe wenigstens entsprechend herangezogen werden müssen.

17) Vgl. Anm. 14

18) Vgl. die Darstellung in § 8

19) WARDA S. 6, 18; LOHBERGER S. 14 ff.; MICHELS S. 81 f.; vgl. auch LANGE, JZ 1956, 75

III. Gesetzliche Bestimmtheit dieser Tatbestände

1.) Die Vielfalt der den Bußgeldtatbeständen zugrundeliegenden Verwaltungsakte

Die bisherigen Schilderungen lassen erkennen, daß die Tatbestände der Zuwiderhandlungen gegen Verfügungen der Kartellbehörden in der vom Gesetzgeber gewählten Tatbestandsfassung der Anknüpfung der Strafdrohung an die Einzelverfügung sehr weitreichend sind und eine Vielzahl verschiedenartigster Verhaltensweisen erfassen. Selbst wenn man, wie bei der Einzeldarstellung gezeigt²⁰, von der Systematik der Bußgeldtatbestände her gewisse Einschränkungen im Anwendungsbereich vornehmen kann, bleibt immer noch ein sehr weiter Bereich des möglicherweise Ordnungswidrigen übrig. Dies hat zwei Gründe: Im Bereich der Mißbrauchsaufsicht, die das Hauptanwendungsgebiet dieser Bußgeldtatbestände ist, geben die Ermächtigungsnormen der Kartellbehörden einen ziemlich weiten Spielraum für die Gestaltung ihrer Maßnahmen²¹. Es handelt sich überwiegend um Ermessensentscheidungen, die allerdings den allgemein im Verwaltungsrecht entwickelten Grundsätzen unterworfen sind²². Die Ausgestaltung ist im einzelnen unterschiedlich. Während bei einigen Bestimmungen²³ das Gesetz nach seinem Wortlaut ("hat zu") die Behörde zum Erlaß einer Maßnahme verpflichtet, dann aber die Auswahl und Gestaltung der möglichen Maßnahmen ins Ermessen der Behörde stellt, sind bei anderen Bestimmungen²⁴ sowohl das "ob" als auch das "wie" Ermessensentscheidungen. Hinzu kommt, daß die Voraussetzungen, die das Gesetz für das Eingreifen der Kartellbehörden aufstellt, durchweg von Begriffen abhängen, die infolge ihrer Unbestimmtheit stark auslegungsbedürftig sind

20) Vgl. § 8

21) Vgl. dazu RAISCH, ZfdgHR 1966, 169 ff.

22) DÖRINKEL in: Gemeinschaftskommentar § 12 Rdn. 20; SCHWARTZ, ebenda § 18 Rdn. 45; BARTHOLOMEYCZIK, ebenda § 22 Rdn. 107; MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 12 Rdn. 45, § 17 Rdn. 32, § 18 Rdn. 75

23) §§ 12, 3 III, 11 V, 31 III, 104

24) §§ 17, 18, 22 IV, 31 I, 102 II

(Mißbrauch, Marktbeherrschung nur als Beispiele)²⁵. Zum anderen zeigt sich, daß auch bei der Ausgestaltung der einzelnen Verfügung ein breiter Spielraum gegeben ist. Zwar legt das Gesetz bei der Mißbrauchsaufsicht gewisse Typen von Verfügungen fest (Unwirksamkeitserklärung, Aufgeben, einen Mißbrauch abzustellen), jedoch liegt es auf der Hand, daß sich auch hier erhebliche Unsicherheiten einschleichen können: nämlich dann, wenn die Behörde versäumt, den abzustellenden Mißbrauch scharf zu kennzeichnen und zu umgrenzen oder den Inhalt einer Auflage genau zu umschreiben, so daß sich das entsprechende Verhalten nicht klar und zweifelsfrei ablesen läßt.

Damit taucht die Frage auf, ob diese Tatbestände mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG vereinbar sind oder ob aus der Geltung dieses Grundsatzes Einschränkungen abzuleiten sind.

2.) Die kartellrechtliche Literatur zur Bestimmtheit der Zuwiderhandlungstatbestände

Außer der allgemeinen Feststellung, die Grundsätze des Strafrechts, darunter auch der Bestimmtheitsgrundsatz hätten (gem. § 3 OWiG) auch im GWB Geltung²⁶, finden sich speziell zu den Zuwiderhandlungen gegen Einzelverfügungen lediglich gelegentlich Bemerkungen, die besagen, die jeweilige Verfügung müsse so bestimmt sein, daß dem Betroffenen das Verbot oder Gebot ohne weiteres erkennbar sei²⁷. Ähnlich ist die Situation im sonstigen kartellrechtlichen Schrifttum. STRICKRODT sieht keinen Anlaß, die Frage der Bestimmtheit auch für die Zuwiderhandlungstatbestände zu stellen, die ja "akzessorischer Natur" seien und "im Sinne von Ungehorsamsfolgen an spezielle behördliche Anordnungen anknüpfen"²⁸. Lediglich

25) DÖRINKEL in: Gemeinschaftskommentar § 12 Rdn. 2; LANGEN, § 22 Rdn. 81 ff., 35 ff.; RAISCH aaO (Anm. 21) S. 169

26) MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 1; Frankfurter Kommentar Vorbem. §§ 38 ff. Rdn. 6

27) Frankfurter Kommentar § 38 Rdn. 50, 56; ähnlich MÜLLER-GRIES -GIESSLER § 38 Rdn. 19

28) WuW 1960, 825 f.

RAISCH äußert hinsichtlich der Bestimmtheit auch der Zuwiderhandlungstatbestände gewisse Bedenken²⁹. Er weist darauf hin, daß die Ordnungswidrigkeit erst an die unanfechtbar gewordene Verfügung anknüpft, woraus sich ein gewisses Maß von Bestimmtheit ergebe, da zumindest durch die Anfechtungsmöglichkeiten eine Präzisierung des Ordnungswidrigen gewährleistet werde. Diese Bestimmtheit sei jedoch lediglich formaler Natur. Die Ermächtigungen, auf denen die Verfügungen beruhen, enthielten zahlreiche "vage" Merkmale, die von den Kartellbehörden ausgelegt werden. Zwar seien die damit ergehenden Entscheidungen der Kartellbehörden Rechtsentscheidungen, die auszulegenden Begriffe Rechtsbegriffe, die im Anfechtungsverfahren von den Kartellgerichten überprüft werden können (soweit es sich um Begriffe wie öffentliches Interesse oder Interesse der Allgemeinheit handle, zumindest auf logische Denkfehler und darauf, ob der zugrundegelegte Maßstab falsch war). Trotzdem verbleibe ein erheblicher Raum, in dem die behördliche Entscheidung gerichtlich nicht nachprüfbar sei, was sich aus der Einschränkung der gerichtlichen Prüfungsbefugnis in § 70 IV ergebe³⁰. RAISCH betont zwar, diese Handlungsfreiheit benötige die Verwaltung gerade auf dem Gebiet der Wirtschaftslenkung, um ihre Aufgaben zu erfüllen, meint aber, es widerspreche dem Geist des Art. 103 II, für den Verstoß gegen einen solchen Verwaltungsakt Kriminalstrafe anzudrohen, weil die Strafbarkeit nur in einem formalen Sinne gesetzlich bestimmt sei. Da aber auch an Bußgeldtatbestände die gleichen Anforderungen wie an Straftatbestände zu stellen seien, sollen diese Bedenken auch für die kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen gegen Verfügungen gelten³¹. Konsequenzen irgendwelcher Art, sei es im Hinblick auf einengende verfassungskonforme Auslegung, zieht RAISCH nicht. Es muß deshalb auf die allgemeine Literatur zurückgegriffen werden.

29) ZfdgHR 1966, 169 ff. (171 f.)

30) aaO (Anm. 30) S. 171; vgl. dazu auch WÜRDINGER, S. 16 ff.

31) aaO (Anm. 30) S. 171 f.; vgl. zur Auslegung des § 3 OWiG jetzt TIEDEMANN, ZStW 1971, Heft 3

3.) Gesetzliche Bestimmtheit bei Blankettgesetzen

Für die gesetzliche Bestimmtheit vertritt die herrschende Meinung einen materiellen Gesetzesbegriff, der sich vom Wesen der Straftat her bestimmt und unter Gesetz den gesamten Rechtszustand versteht, von dem die Bestrafung abhängt³². Dadurch werden in den Begriff des Gesetzes in Art. 103 II neben den förmlichen Gesetzen auch Rechtsverordnungen, von anderen jeder geschriebene Rechtssatz, zum Teil sogar alles geschriebene Recht aufgenommen³³. Zur Begründung wird darauf hingewiesen, daß nach dem Sinn des Art. 103 GG gewährleistet werden müsse, daß der Bürger die Strafbarkeit einer bestimmten Handlung kennt oder kennen kann und sich dementsprechend verhalten kann. Deshalb käme es darauf an, daß die Strafbarkeit schriftlich fixiert sei, wobei es aber im Hinblick auf Art. 103 GG unwesentlich sei, ob diese schriftliche Fixierung in einem formellen Gesetz oder in einer Rechtsverordnung oder Satzung erfolge³⁴. Mit Recht weist TIEDEMANN³⁵ darauf hin, daß, wenn man den Schwerpunkt in der Frage der schriftlichen Fixierung sähe, folgerichtig nicht nur Rechtsverordnungen, sondern auch Einzelakte der Verwaltung in diesen Gesetzesbegriff einbezogen werden müßten, sofern nur diese dem Betroffenen bekanntgemacht oder sonst publiziert seien³⁶. Nach dieser so erweiterten Ansicht der herrschenden Meinung wäre die gesetzliche Bestimmtheit der kartellrechtlichen Bußgeldtatbestände (soweit es sich um Zuwiderhandlungen gegen Verfügungen handelt) völlig unproblematisch und es wäre nur zu prüfen, ob der aus Strafdrohung und Ausfüllungsakt zusammengelesene Straftatbestand³⁷ im Ganzen bestimmt genug ist, wofür die üblichen Kriterien der herrschenden Meinung heranzuziehen wären³⁸. Eben diese schematische, einseitig

32) Vgl. die eingehende Darstellung bei TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 244 ff. (248) mit umf. Nachw.

33) Nachweise bei TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 248

34) Vgl. nur MAUNZ-DÜRIG-HERZOG Art. 103 Rdn. 106

35) aaO (Anm. 32)

36) aaO (Anm. 32)

37) Vgl. BAUMANN AT S. 109, 123

38) Vgl. oben § 6 II

auf die Frage der schriftlichen Fixierung beschränkte Auffassung vom Bestimmtheitsgrundsatz hat sich offensichtlich die kartellrechtliche Literatur zu eigen gemacht, wenn sie grundsätzlich gegen die Bestimmtheit der Zuwiderhandlungen gegen Verfügungen keine Bedenken hat, sondern bloß inhaltliche Klarheit und Bestimmtheit der jeweiligen Verfügung verlangt³⁹. Eben dagegen richtet sich die Kritik RAISCHs, wenn er diese Bestimmtheit als rein formaler Natur bezeichnet⁴⁰.

Das Bundesverfassungsgericht hat zur Frage der Bestimmtheit bei Blankettgesetzen bisher nur Stellung genommen, soweit es sich um die Ausfüllung durch Verordnungen handelt. Wesentliches Kriterium soll sein, ob auf Grund des Gesetzes (das die Strafdrohung enthält) für den Bürger voraussehbar ist, welche Verhaltensweisen (Handlungen oder Unterlassungen) dem Tatbestand unterfallen. Verfassungsmäßig ist ein durch die Ausfüllungsakte ergänztes Blankettstrafgesetz dann, wenn die Ausfüllungsakte gültig auf Grund einer wirksamen Ermächtigung ergangen sind und ihr Inhalt auf Grund des Blankettstrafgesetzes vorhersehbar ist⁴¹.

4.) Neuere Auffassungen zum Gesetzesbegriff in Art. 103 II GG

Eine ganze Reihe von Autoren folgt jedoch der herrschenden Meinung nicht, sondern verlangt als "Gesetz" in Art. 103 II GG ein formelles Strafgesetz⁴². Diese Ansicht hat durch die erst allmählich erfolgende Einbeziehung des Nebenstrafrechts, in dem die Bestimmtheitsproblematik voll zutage tritt, erheblich an Gewicht gewonnen. TIEDEMANN hebt nach eingehender Auseinandersetzung mit der herrschenden Meinung und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁴³ die Feststellung

39) Vgl. Anm. 26 und 27

40) Vgl. Anm. 30

41) BVerfGE 14, 174; 14, 245 (250 ff.); 14, 254; 22, 1 (19); 22, 21 (25); 23, 265 ff.; vgl. dazu TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 250

42) HOLTKOTTEN in Bonner Kommentar Art. 103 Anm. II 3 c; KOHLRAUSCH-LANGE § 2 Anm. I; H. MAYER, AT (1953) S. 85; LOHBERGER S. 101 f.

43) Tatbestandsfunktionen S. 239 ff.

hervor, daß die Blankettstrafgesetze nicht zum "Erlaß inkriminierender Rechtsnormen ermächtigen"⁴⁴, daß vielmehr die ausfüllenden Akte, auch soweit sie für die Herstellung des Straftatbestandes relevant sind, auf Grund nichtstrafrechtlicher Ermächtigungen ergehen und gesondert auf ihre strafrechtliche Geltung "an Hand des allgemeinen Voraussetzbarkeitskriteriums" zu prüfen sind. TIEDEMANN sieht die "demokratische Bedeutung" des Art. 103 II GG darin, daß nur "die Volksvertretung als Repräsentant der ursprünglichen Staatsgewalt das einschneidende Unwerturteil der Strafbarkeit über einzelne Verhaltensweisen aussprechen" dürfe und folgert daraus, daß die ausfüllenden Akte der Verwaltung den Rahmen des vom Strafgesetzgeber aufgestellten Unwerturteils lediglich ausfüllen und konkretisieren dürfen, dagegen nicht selbst Umfang und Inhalt der Strafbarkeitsvoraussetzungen gestalten können. Dann aber sei Strafgesetz im Sinne des Art. 103 GG nur das formelle Gesetz. Dort müsse die gesetzgeberische Grundentscheidung über die Strafbarkeit einer Verhaltensweise gefällt sein, welche durch die Ausführungsakte allerdings konkretisiert und spezifiziert werden kann⁴⁵. Mit dieser Ansicht lassen sich ohne Zwang auch die Fälle der Ausfüllung lediglich durch Verwaltungsakte erfassen, deren Einordnung nach der Rechtsprechung des BVerfG und der bisherigen Lehre erhebliche Schwierigkeiten macht, es sei denn, man erweitere den Gesetzesbegriff des Art. 103 II bis zur Einbeziehung der Verwaltungsakte.

5.) Kriterien zur Prüfung von Blankettgesetzen an Art. 103 II GG

Zu fragen bleibt aber auch bei dieser Auffassung, mit welchen Kriterien gemessen werden soll, ob eine ausfüllungsbedürftige Strafbestimmung diesen Anforderungen genügt, nämlich ob die Grundentscheidung über die Strafbarkeit einer Verhaltensweise im formellen Gesetz getroffen ist. Hier

44) Vgl. dazu BVerfGE 14, 245 (253)

45) aaO S. 253 f.

bietet sich zunächst an, mit dem vom BVerfG aufgestellten Begriff der Voraussehbarkeit der Ausfüllungsakte auf Grund des Blankettstrafgesetzes zu arbeiten⁴⁶. Dabei ist vorab auf eine Besonderheit der kartellrechtlichen Tatbestände hinzuweisen. Die Beurteilung der Voraussehbarkeit hat nicht auf der Grundlage der verwaltungsrechtlichen Ermächtigungsnorm, sondern auf der Grundlage des die Strafdrohung enthaltenden Blankettgesetzes zu erfolgen⁴⁷. Das wird vom Bundesverfassungsgericht deutlich ausgesprochen, wenn die Vorhersehbarkeit der nach §§ 6, 27 StVG a.F. erlassenen Regelungen von den im Strafblankett des § 21 (jetzt 24) StVG enthaltenen Merkmalen aus beurteilt wird⁴⁸. Diese scharfe Trennung ist im Kartellrecht nicht gegeben. Die die Strafdrohung enthaltenden Bestimmungen des § 38 I enthalten keinerlei inhaltliche Aussage über die betroffenen Sachverhalte, sondern verweisen dazu auf die jeweiligen Ermächtigungsnormen. Mit dieser gegenüber dem obengenannten Straßenverkehrsrecht anderen Technik hat der Gesetzgeber im Kartellrecht die Aussagen der verwaltungsrechtlichen Ermächtigungsnormen zugleich zum Inhalt der Strafblankette gemacht. Bei dieser Feststellung handelt es sich nicht um das Zusammenlesen der Ausfüllung mit dem Blankett; vielmehr muß zunächst das vom Gesetzgeber aus technischen Gründen auseinandergerissene Strafblankett innerhalb des Kartellgesetzes zusammengesetzt werden. Demnach würde das zusammengesetzte Strafblankett im Fall des § 38 I Nr. 4 in Verbindung mit § 22 IV etwa lauten: "Wer einer Verfügung zuwiderhandelt, die die Kartellbehörde zur Verhinderung der mißbräuchlichen Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen erlassen hat, ...". Erst auf diese Weise erhält man das vollständige Blankett, das durch die Verfügung auszufüllen ist. Demnach müssen bei der Beurteilung der Voraussehbarkeit diese jeweils auf Grund der gesetzlichen Verweisung zum Strafblankett gehörenden Aussagen der Ermächtigungsnormen zu Grunde gelegt werden. Unter diesem Aspekt läßt sich die

46) Vgl. auch LOHBERGER S. 113

47) TIEDEMANN aaO S. 250

48) BVerfGE 14, 253

Voraussehbarkeit durchaus bejahen, denn die Verhinderung dessen, was nach dem Gesetz bekämpft werden soll (Mißbrauch der Marktbeherrschung in § 22; Mißbrauch der Freistellung vom Kartellverbot in § 12) läßt von vornherein nur einen beschränkten Kreis von Maßnahmen der Kartellbehörden zu, der zudem im Gesetz noch weitgehend festgelegt ist (Unwirksamkeitserklärung, Aufforderung zur Abstellung des Mißbrauchs). Schwierigkeiten bereiten hier vielmehr die für die Beurteilung maßgeblichen Begriffe im Blankett. Das Bundesverfassungsgericht läßt bei der Frage der Voraussehbarkeit im Straßenverkehrsrecht genügen, daß die im Blankettgesetz enthaltenen Begriffe (dort öffentliche Sicherheit und Ordnung im Straßenverkehr) durch die Rechtsprechung geklärt und im juristischen Sprachgebrauch gefestigt sind⁴⁹. Wenn dasselbe von den kartellrechtlichen Begriffen in den Blanketten gilt, müßte die Vorhersehbarkeit bejaht werden. Nun haben zwar die kartellrechtlichen Grundbegriffe wie Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung oder Mißbrauch einer Freistellung vom Kartellverbot im Laufe der Geltung des GWB eine bestimmte Konkretisierung durch die Praxis der Kartellbehörden und die Rechtsprechung und Literatur gefunden, jedoch fehlt es immer noch an einer zuverlässigen Abgrenzung der Begriffe, so daß es zwar eine ganze Reihe von einigermaßen fest herausgebildeten Fallgruppen gibt, daneben aber Randgebiete zweifelhafter Natur vorhanden sind, in denen das Schwergewicht auf der Prüfung und Entscheidung im ganz konkreten Einzelfall liegt⁵⁰. Damit wird dann zugleich die Voraussehbarkeit für eben diese (im Kartellrecht zahlreichen) zweifelhaften Randgebiete fraglich.

Diese Bedenken gelten aber auch für andere Meinungen, die die Voraussehbarkeit durch andere Kriterien ersetzen. TIEDEMANN hält das Kriterium der Voraussehbarkeit für wertlos, weil seine Anwendung zumindest durch die Rechtsprechung dazu

49) aaO (Anm. 48)

50) Vgl. dazu wiederum die Gruppierungsversuche bei BARTHOLOMEYCZIK, GK Novelle 1965 § 22 Rdn. 9 ff. und GK § 22 Rdn. 78 ff.; RASCH-WESTRICK § 22 Rdn. 27 ff.; auch LANGEN § 22 Rdn. 41, 46

führe, nahezu alles, was verwaltungsrechtlich geregelt werden kann, auch für voraussehbar zu erklären⁵¹. Demgegenüber legt er das Schwergewicht auf die in Art. 103 II GG enthaltene Forderung nach Verhaltensumschreibung⁵², die gemäß seiner Ansicht zum Gesetzesbegriff⁵³ bereits im abstrakten Gesetz, also im Blankett enthalten sein muß⁵⁴. Damit ergibt sich als Kriterium für die Bestimmtheit einer Blankettnorm die Frage danach, ob bereits im abstrakten Gesetz eine Verhaltensumschreibung vorhanden ist. Nun ist zwar nicht zu verkennen, daß es sich bei den gesetzlichen Merkmalen der Kartellblankette um Verhaltensbeschreibung im weitesten Sinne handelt. Sie ist jedoch durch den Einbau zahlreicher normativer⁵⁵ Merkmale (wie Mißbrauch, Marktbeherrschung u.ä.) derart verschwommen und unscharf, daß sie eine echte Erfassung und Auslese der Lebenssachverhalte auf das Strafbare bzw. Ordnungswidrige hin ebensowenig gewährleistet wie bei den originären Tatbeständen. TIEDEMANN geht aber noch einen Schritt weiter. Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, daß die "normale" Fassung der Straftatbestände, bei der die gesetzgeberische Wertung in Handlungsbeschreibung umgesetzt ist, eine bewußt strafrechtsbeschränkende Wirkung besitzt, indem sie eine Auswahlfunktion in Richtung auf bestimmte Verhaltensweisen ausübt. Fehlt es an einer Möglichkeit, in der Blankettnorm solch eine generelle Handlungsumschreibung herzustellen, so soll es genügen, daß bei der richterlichen Bewertung des Einzelfalls die normalerweise formalisierte und in Handlungsbeschreibung umgesetzte gesetzgeberische Wertung wenigstens für den Einzelfall nachgeholt und die zugleich strafbarkeitsbeschränkende Wirkung der fehlenden Handlungsumschreibung im Wege wertender Auslegung hergestellt wird⁵⁶.

51) aaO S. 254 ff. (255); dazu eingehend KOHLMANN, S. 252 ff.; vgl. auch HANACK, JZ 1970, 41 f.

52) Vgl. nur MAUNZ-DÜRIG-HERZOG Art. 103 Rdn. 107

53) Vgl. oben Anm. 45

54) aaO S. 259 (ff.); ähnlich LOHBERGER S. 113

55) Vgl. dazu nur TIEDEMANN aaO S. 88 ff. (90)

56) aaO S. 259 ff.

Diese Verhaltensumschreibung muß dann mehr als die bloße Tatsache des Verstoßes gegen verwaltungsrechtliche Pflichten ausdrücken, weil Ausgangspunkt dieser Ansicht - siehe oben - die Erkenntnis ist, daß eben nicht alle im Hinblick auf die Wertverwirklichung irgendwie schädliche Verhaltensweisen Zuwiderhandlungen sein können. Funktion dieser wertenden Auslegung ist es dann, aus diesem Kreis die strafrechtlich relevanten Verhaltensweisen auszuwählen - ebenso wie dies sonst durch die deskriptive Fassung der herkömmlichen Tatbestände geschieht⁵⁷.

Diese Auffassung läßt sich auf die kartellrechtlichen Zuwiderhandlungstatbestände ohne weiteres anwenden. Hier enthalten die gesetzlichen Blankettatbestände durchweg einigermaßen faßbare gesetzgeberische Grundwertungen, aus denen der "Strafrichter" im Einzelfall die Verhaltensweisen entwickeln kann, deren Strafbarkeit sich auf die gesetzgeberische Grundentscheidung in den Blankettnormen zurückführen läßt. Dies gilt einmal für die Tatbestände des § 38 I Nr. 4, die sich auf die einzelnen Verfügungen beziehen. Dort gibt der Gesetzgeber in der Blankettnorm jeweils konkretisierbare Anhaltspunkte (Mißbrauch der Marktbeherrschung, Mißbrauch der Preisbindung, Mißbrauch der Freistellung). Der Grund der Bußgeldandrohung liegt darin, daß die wettbewerbsbeschränkende Wirkung entsprechender Verhaltensweisen verhindert werden soll.

Schon aus diesem Aufriß der Gesichtspunkte läßt sich ersehen, daß es bei Anwendung dieser Ansicht durchaus Verhaltensweisen geben kann, die zwar behördlichen Verfügungen zuwiderlaufen, aber nicht dem eingeschränkten Bereich des Strafschutzes unterliegen. Noch deutlicher wird das etwa beim Tatbestand des § 38 I Nr. 5, der die Auflagen der Kartellbehörden u.a. nach § 11 betrifft. Hier ist leicht vorzustellen, daß die Kartellbehörde etwa bei Erteilung einer Erlaubnis eine Auflage erläßt, die zur regelmäßigen Berichterstattung über Geschäftsvorgänge des Kartells verpflichtet⁵⁸.

57) aaO S. 265

58) Was nach Kartellverwaltungsrecht für zulässig gehalten wird, vgl. nur DÖRINKEL, GK § 11 Rdn. 7

Strafrechtlich gesehen, zeigt sich, daß die im Blankettgesetz (§ 38 I Nr. 5 mit Verweis auf § 11) enthaltene gesetzgeberische Grundentscheidung über die Strafbarkeit sich auf den Mißbrauch der durch die Erlaubnis erlangten Freistellung vom Kartellverbot bezieht. Daraus könnte nach der von TIEDEMANN vertretenen Auffassung der Schluß gezogen werden, daß der Verstoß gegen die durch die genannte Auflage bestimmten Meldepflichten nicht mehr zum Bereich dessen zählt, was der Gesetzgeber als Mißbrauch der Freistellung mit Strafschutz versehen wollte - während andere Auflagen (wie etwa Abänderung einer besonders mißbrauchsverdächtigen Bestimmung des Kartellvertrags) durchaus in diesen Bereich fallen würden. Damit zeigt sich, daß mit dieser Auffassung nicht nur bewirkt werden kann, daß die Zahl der gegen eine bestimmte Verfügung verstoßenden Verhaltensweisen im Hinblick auf die Strafbarkeit eingeschränkt wird, sondern daß sie auch dazu führen kann, daß keine dieser Verhaltensweisen überhaupt den Bußgeldtatbestand erfüllt, so daß manche Verfügungen, Auflagen usw. entgegen dem Anschein überhaupt nicht strafbewehrt wären⁵⁹. Dabei ist festzuhalten, daß dasselbe Ergebnis auch bei der Anwendung des Kriteriums der Voraussehbarkeit möglich wäre, wenn man dort gewisse Randgebiete als nicht ausreichende Grundlage der Voraussehbarkeit ausscheidet. Trotzdem muß - vor allem im Hinblick auf die Problematik der Erfassung der Einzelakte - der anderen Auffassung der Vorzug gegeben werden.

6.) Folgerungen für die Zuwiderhandlungstatbestände

Mit dieser Überprüfung der Zuwiderhandlungstatbestände befindet man sich aber nicht mehr bei der Frage, ob sie dem Bestimmtheitsgebot entsprechen, sondern bereits im Bereich der verfassungskonformen Auslegung⁶⁰, wobei darauf hinzuweisen ist, daß eine scharfe Grenze kaum gezogen werden kann. Daß dieses allgemein anerkannte Verfahren⁶¹ auch bei der

59) TIEDEMANN aaO S. 272

60) TIEDEMANN räumt das selbst ein, aaO S. 264

61) Vgl. nur MAUNZ-DÜRIG-HERZOG Art. 20 Rdn. 67; SCHÖNKE-SCHRÖDER § 2 Rdn. 34, 41

Frage des Bestimmtheitsgrundsatzes angewendet werden kann, daß also die Straftatbestände im Wege der Auslegung den Erfordernissen des Art. 103 II GG angepaßt werden dürfen, wird von der weit überwiegenden Meinung bejaht⁶². Damit bietet sich ein gangbarer Weg, zumindest allzuweit ausufernder Ausdehnung des Strafbaren bzw. Ordnungswidrigen durch die Verwaltung - im Wege der äußersten Ausnutzung ihrer Ermächtigungen - eine Grenze zu setzen. Damit sind allerdings die Bedenken bei RAISCH⁶³ nicht restlos ausgeräumt, soweit sie sich darauf stützen, daß die Ordnungswidrigkeit mit von der Auslegung der Begriffe durch die Verwaltung und deren Ermessensbetätigung abhängt. Allein diese Bedenken gelten ganz allgemein für die gesetzgeberische Technik im Nebenstrafrecht und ließen sich letztlich im Kartellrecht nur ausräumen, wenn man die Zuwiderhandlungstatbestände für verfassungswidrig erklären würde. Das ist, soweit ersichtlich, noch von niemand gefordert worden, vielmehr ist - wie gezeigt - die weitaus herrschende Meinung der Ansicht, man könne diese Tatbestände bedenkenlos anwenden. Nicht zuletzt muß auch - ganz jenseits aller theoretischen Bedenken - auf die Vorzüge dieser Art von Tatbestandsfassung für den Betroffenen hingewiesen werden: Gerade in einem - was wohl kaum jemand bestreiten wird - so komplizierten Rechtsgebiet wie dem Wettbewerbsrecht ist jeder allgemeine Straftatbestand, und sei er auch noch so geschickt gefaßt, mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit belastet. Demgegenüber hat es unverkennbare Vorteile, wenn in einem objektiven Verwaltungsverfahren eine Klärung der streitigen Fragen erfolgt und durch das Ergebnis dieses Verfahrens, nämlich die Einzelverfügung, dann erst der Bereich des Ordnungswidrigen für den konkreten Fall spezifiziert wird⁶⁴. Auch von dieser Seite her ist das Gebot der Rechtssicherheit zu beachten, und nicht nur unter dem Aspekt des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes.

62) Vgl. TIEDEMANN aaO S. 212 f.; LOHBERGER S. 121 f. je m. Nachw.; WARD, S. 40; a.A. RIDDER, AÖR 1962, 321

63) Vgl. oben Anm. 29

64) Vgl. LANGEN § 22 Rdn. 46; v. KÖHLER, VerwArch 1963, 280, 283 f.; KARTTE, Leitbild S. 85; GÜNTHER in: Zehn Jahre Bundeskartellamt S. 33

IV. Die Bindung des Bußgeldverfahrens an die Verwaltungsakte

Im Zusammenhang mit dem vorher Erörterten taucht die Frage auf, inwieweit das Bußgeldverfahren bei den kartellrechtlichen Zuwiderhandlungstatbeständen an die jeweilige Verfügung gebunden ist. Bei sämtlichen Verfügungen und Auflagen der Kartellbehörden handelt es sich nach einhelliger Meinung um Verwaltungsakte⁶⁵. Damit besitzen sie die in der Verwaltungsrechtslehre allgemein anerkannte "Tatbestandswirkung", die besagt, daß unter anderem Gerichte (soweit sie nicht selbst kraft Gesetzes zur Aufhebung von Verwaltungsakten befugt sind) die Tatsache hinzunehmen haben, daß ein Hoheitsakt erlassen ist und besteht⁶⁶. Wenn nun die Bußgeldsanktion an einen Verwaltungsakt anknüpft, so stellt sich die Frage, wie weit die ahndende Instanz an den Verwaltungsakt gebunden ist. Die herrschende Meinung bejaht die Beachtlichkeit der Bestandskraft der Verwaltungsakte (mit der Ausnahme nichtiger Akte), wobei streitig ist, ob schon der noch anfechtbare, oder nur der zwar noch anfechtbare, aber sofort vollziehbare, oder erst der unanfechtbar gewordene Verwaltungsakt zugrundegelegt werden darf⁶⁷. Die überwiegende Ansicht stellt darauf ab, ob es sich um einen Verwaltungsakt handelt, bei dem entweder die sofortige Vollziehbarkeit angeordnet oder der Suspensiveffekt der Anfechtung kraft Gesetzes ausgeschlossen ist⁶⁸. Nur in diesen Fällen handle es sich um Verwaltungsakte, die voll durchsetzbar seien, weil es nicht im Belieben des Betroffenen stehe, die verwaltungsrechtliche Durchsetzung zu verhindern⁶⁹. In diesen Fällen allerdings wird dann auch eine strafrechtlich relevante Pflicht zur

65) Vgl. JUNGE in: Gemeinschaftskommentar § 57 Rdn. 1; LANGEN § 57 Rdn. 1

66) H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 20 V a, b; FORSTHOFF, Lehrbuch S. 101; vgl. auch Peters, StPO S. 32

67) Vgl. die Übersicht bei TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen S. 278 m. Nachw.

68) BGH NJW 1969, 2023 (2025); BayObLG NJW 1968, 1848; OLG Celle NJW 1967, 743 (744); BALDAUF, NJW 1967, 745; SCHMALTZ, JZ 1968, 661 f.

69) So der BGH aaO (Anm. 68)

Befolgung des Verwaltungsaktes anerkannt, ohne daß es auf die Rechtswidrigkeit bzw. die spätere Aufhebung des Verwaltungsaktes ankommt⁷⁰. Damit scheint dem Strafrichter jede Nachprüfung der Verwaltungsakte abgeschnitten zu sein. Dies müßte dann umsomehr im Kartellrecht gelten, wo der Gesetzgeber selbst festgelegt hat, daß die Bußgeldfolge bei Verfügungen und Auflagen nur an unanfechtbar gewordene Verfügungen anknüpfen kann und bei den einstweiligen Anordnungen den Suspensiveffekt ausgeschlossen hat, so daß auch insoweit diese Regelung der herrschenden Meinung entspricht⁷¹.

Damit käme man zum Ergebnis, daß sich derjenige, der über die Bußgeldfolge befindet, ausschließlich und in jedem Fall an die vom Verwaltungsakt konkretisierte Pflichtfestsetzung zu halten hat. TIEDEMANN weist nach, daß diese Ansicht, vor allem in ihrer Zuspitzung im Straßenverkehrsrecht zu einer "im Strafrecht unannehmbaren formellen Ungehorsamskonzeption" führt, bei der das sozialetische Unwerturteil seinen tragfähigen Grund verliere⁷². Diesem Bedenken könnte entgegengehalten werden, daß es hier im Kartellrecht nur um Ordnungswidrigkeiten gehe, denen das sozialetische Unwerturteil nicht zugrundeliege, die vielmehr tatsächlich nur den Ungehorsam ahnden wollen⁷³. Wie aber der vorige Abschnitt gezeigt hat, bringt es gerade die Auswirkung des Bestimmtheitsgrundsatzes, nämlich die verfassungskonforme Auslegung der Zuwiderhandlungstatbestände im Hinblick auf Art. 103 II GG mit sich, daß die eigenständige strafrechtliche Konkretisierung zu Einschränkungen führt - und zwar dahingehend, daß nicht alles ordnungswidrig zu sein braucht, was nach dem äußeren Anschein der Verwaltungsakte und der gesetzlichen Tatbestandsfassung als ordnungswidrig erscheint. Deshalb muß TIEDEMANN zugestimmt werden, wenn er meint, die Gültigkeit der Wertkonkretisierung und Wertbezogenheit könne der strafrichterlichen Inzidentkontrolle nicht entzogen werden⁷⁴.

70) BGH aaO (Anm. 68)

71) Vgl. § 38 I Nr. 4, 6 (auch 2) sowie Nr. 5 in Verb. mit §§ 56 und 63

72) Tatbestandsfunktionen S. 277

73) Vgl. nur REINHART, S. 11 ff. mit Nachw.

74) Tatbestandsfunktionen S. 279

Wenn man mit der Geltung des Bestimmtheitsgrundsatzes auch für das Ordnungswidrigkeitenrecht Ernst machen will, ist es unumgänglich, zumindest bei von Art. 103 II GG her notwendigen Einschränkungen den Grundsatz der Bindung an den (unanfechtbaren) Verwaltungsakt zu durchbrechen.

Allerdings hat dies im Kartellrecht besondere Aspekte, die diese Probleme selten akut werden lassen dürften. Nach der Verfahrensregelung⁷⁵ und nach der Geschäftsverteilung⁷⁶ führt dieselbe Behörde und innerhalb derer sogar dieselbe Abteilung sowohl das Verwaltungsverfahren, dessen Ergebnis die Verfügung ist, als auch das Bußgeldverfahren durch. Ähnliches gilt auch von der gerichtlichen Instanz, wo nach § 92 ein und derselbe Kartellsenat über kartellverwaltungsrechtliche Fragen und im gerichtlichen Verfahren nach dem OWiG entscheidet. Gerade diese Verkoppelungen der Zuständigkeiten erfordern aber umsomehr, daß auf die speziell strafrechtlichen Belange hingewiesen wird.

75) Vgl. §§ 51 ff., 81 GWB; 36 I Nr. 1 OWiG; dazu eingehend oben § 3 I

76) Für das Bundeskartellamt vgl. die Darstellung der Geschäftsverteilung jeweils am Ende des Tätigkeitsberichts

§ 10 Die Gruppe der spezifischen originären Tatbestände

I. Die einzelnen Tatbestände

Neben der großen Gruppe der Tatbestände, die Zuwiderhandlungen gegen Verfügungen usw. bewehren, und der Gruppe der originären generalklauselartigen Tatbestände (§ 38 I Nr. 1, § 38 II) finden sich weitere Tatbestände in § 38 GWB, die zwar ebenfalls originären Charakter haben und nicht an verwaltungsmäßige Vorformung geknüpft sind, sich jedoch erheblich von den bisher behandelten originären Tatbeständen unterscheiden. Da diese Gruppe im Vergleich zu den beiden anderen aus strafrechtlicher Sicht erheblich geringere Schwierigkeiten bereitet, soll sie hier nur kurz behandelt werden. Zu dieser Gruppe gehören die Bestimmungen des § 38 I Nr. 3, Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 9

§ 38 Nr. 3 bedroht denjenigen mit Geldbuße, der ohne Erlaubnis entgegen § 14 Sicherheiten verwertet. Es geht dabei um einen Fall des inneren Organisationszwangs bei Kartellen, die nach den Ausnahmebestimmungen der §§ 2 bis 8 GWB legalisiert sind¹. Um die Einhaltung der Kartellpflichten durch die Kartellmitglieder zu gewährleisten, wird in der Regel die Hinterlegung von Sicherheiten (Wechsel, Schuldverschreibungen, Wertpapiere) vereinbart, deren Verwertung die Nichteinhaltung der Pflichten sanktionieren soll. Da vor allem mit dem üblichsten Mittel der Sicherheitsleistung, dem Wechsel, dem Kartell ein für die Mitglieder sehr gefährliches Mittel in die Hand gegeben ist, das leicht mißbräuchlich verwendet werden kann², macht das Gesetz die Verwertung von der vorherigen Erlaubnis durch die Kartellbehörde abhängig. Der Sanktionierung dieser Regelung dient der Bußgeldtatbestand des § 38 Nr. 3.

1) DÖRINKEL in: Gemeinschaftskommentar § 14 Rdn. 3 f.

2) MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 14 Rdn. 3; DÖRINKEL in: Gemeinschaftskommentar § 14 Rdn. 6

Der Tatbestand des § 38 I Nr. 7 droht Geldbuße an für den Fall, daß jemand unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen eine Erlaubnis nach dem GWB oder die Eintragung einer Wettbewerbsregel zu erschleichen oder um die Kartellbehörde zu veranlassen, in den Fällen der Nichtwiderspruchskartelle nicht zu widersprechen.

Dieser Tatbestand weist keine eigentlich kartellrechtlichen Besonderheiten auf, vielmehr handelt es sich um einen Beispielsfall des im Wirtschaftsstrafrecht teils schon verwirklichten, zum Teil geforderten und angestrebten Vorfeldschutzes der Rechtsgüter im wirtschaftlich-sozialen Bereich³. Da es weit schwieriger wäre, ein dem Schein nach legalisiertes Kartell, das aber nicht den gesetzlichen Anforderungen für eine Erlaubnis entspricht, dann zu bekämpfen, wenn sein Bestehen zu Wettbewerbsbeschränkungen führt, hat es der Gesetzgeber vorgezogen, schon den Versuch, mittels falscher Angaben seine Legalisierung zu erreichen, unter Bußgeldandrohung zu stellen. Bedenklich erscheint nur die auch hier auftretende Neigung der kartellrechtlichen Literatur, den Anwendungsbereich unnötig zu erweitern. So werden zum Teil in den Bereich der Nr. 7 nicht nur die Angaben einbezogen, die ein Betroffener von sich aus zur Begründung eines Antrags oder einer Anmeldung einreicht, sondern auch Angaben, die er im Rahmen eines Antrags- oder Anmeldeverfahrens auf ein Auskunftsverlangen der Kartellbehörden nach § 46 hin macht⁴. Das ist überflüssig, da für diese Fälle der Bußgeldtatbestand des § 39 I Nr. 1 zur Verfügung steht. Eine solch großzügige Auslegung bringt unnötige Überschneidungen und Konkurrenzen mit sich und führt zur Verwischung der klaren Abgrenzung der Tatbestandsmerkmale der Nr. 7.

Die wohl wichtigsten Tatbestände dieser Gruppe finden sich in § 38 I Nr. 8, der auf die §§ 25 und 26 verweist. Das Zusammenlesen ergibt folgende Tatbestände: Zunächst ist verboten

3) Vgl. TIEDEMANN in: TIEDEMANN (Hrsg.), Die Verbrechen in der Wirtschaft S. 29 f. und ZRP 1970, 258

4) MAYER-WEGELIN in: Gemeinschaftskommentar § 38 Rdn. 14

das Veranlassen eines anderen zu einem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten (das nach dem GWB nicht zum Inhalt einer vertraglichen Vereinbarung gemacht werden darf), § 25 I. Der in dieser Form noch recht unbestimmte und insoweit an § 38 I Nr. 1 oder § 38 II 2 erinnernde Tatbestand ist dadurch spezifiziert, daß er auf bestimmte Formen des Veranlassens eingeschränkt ist, nämlich das Versprechen von Vorteilen oder das Androhen von Nachteilen⁵. Damit werden zwar auch die allgemeinen Merkmale des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens in den Tatbestand aufgenommen, jedoch liegt das Schwergewicht auf den zusätzlichen, spezielle Verhaltensweisen beschreibenden Merkmalen, die durchaus einer klarstellenden, den Anwendungsbereich hinreichend scharf abgrenzenden Auslegung fähig sind, deren Schwierigkeiten und Probleme denjenigen entsprechen, die auch bei komplizierteren Tatbeständen des Kernstrafrechts auftreten⁶.

Aus § 25 Absatz II ergeben sich drei weitere, eng spezifizierte Tatbestände, nämlich der Zwang zum Beitritt zu einem zulässigen Kartell, der Zwang zum Zusammenschluß nach § 23 und der Zwang zum gleichförmigen, wettbewerbsbeschränkenden Verhalten. Diese Tatbestände knüpfen zwar an nach dem GWB durchaus erlaubte Zwecke an, erhalten aber ihren Unrechtsgehalt dadurch, daß nach allgemeiner Meinung die Mittel des Zwanges rechtswidrig sein müssen (also etwa UWG-Verstöße, Boykott usw.)⁷.

Ebenfalls ein spezieller, bestimmtes Verhalten deskriptiv erfassender Tatbestand findet sich in § 26 Abs. 1, dem sogenannten Boykotttatbestand⁸. Er verbietet es Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen, andere zu Liefer- oder Bezugssperren zu veranlassen in der Absicht, bestimmte Wettbewerber unbillig zu beeinträchtigen. Dabei geht es um drei

5) BENISCH in: Gemeinschaftskommentar § 25 Rdn. 4 ff.

6) Vgl. dazu die eingehende Darstellung der Auslegungsfragen bei SANDROCK, Jura 1970, 48 ff. (51 ff., 57 ff.)

7) Vgl. nur BENISCH in: Gemeinschaftskommentar § 25 Rdn. 9

8) MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 26 Rdn. 1

Beteiligte, einmal den Veranlasser des Boykotts (zugleich Täter der Ordnungswidrigkeit), den Adressaten, der zur Sperre veranlaßt werden soll, und den Dritten, der von der Sperre betroffen sein soll. Die wesentlichen Merkmale sind einmal der Begriff der Sperre, zum zweiten die Veranlassung und schließlich die Absicht unbilliger Beeinträchtigung - alles Tatbestandsmerkmale, die sich durch ihr Anknüpfen an ein ganz spezifisches wirtschaftliches Verhalten mit einiger Mühe doch einer klaren Auslegung und Abgrenzung zuführen lassen⁹. Entsprechendes gilt auch für den Diskriminierungsstatbestand in § 26 II, der bestimmten Adressaten (marktbeherrschenden Unternehmen, Kartellen, preisbindenden Unternehmen) verbietet, andere Unternehmen in einem ihnen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr unbillig zu behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen unterschiedlich zu behandeln. Auch hier liegt der Schwerpunkt des Tatbestandes auf den deskriptiven Merkmalen der Zugänglichkeit eines Geschäftsverkehrs und der eigentlichen Tathandlung des Behinderens oder des unterschiedlichen Behandelns. Soweit normative Elemente vorhanden sind ("unbillig"), gehen sie auf bereits gefestigte Begriffsvorstellungen aus dem Kartellrecht oder anderen Rechtsgebieten (Zivilrecht) zurück¹⁰. Der letzte Tatbestand dieser Gruppe schließlich (§ 38 I Nr. 9) betrifft den Fall, daß jemand einem anderen einen wirtschaftlichen Nachteil zufügt, weil er Verfügungen der Kartellbehörde beantragt oder einen Kartellvertrag kündigt oder von ihm zurücktritt, also einen Fall der Vergeltung für rechtlich zulässiges Verhalten¹¹.

II. Die strafrechtliche Problematik dieser Gruppe

Gemeinsam ist dieser Gruppe - wie schon teilweise erwähnt - vor allem der Umstand, daß diese Tatbestände zur Charakteri-

9) Vgl. BENISCH in: Gemeinschaftskommentar § 26 Rdn. 3 ff.; MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 26 Rdn. 4 ff.

10) BENISCH in: Gemeinschaftskommentar § 26 Rdn. 19, 47

11) MAYER-WEGELIN in: Gemeinschaftskommentar § 38 Rdn. 16

sierung des Unrechtsgehalts nicht auf die allgemeinen Schutzziele wie Verhinderung der Wettbewerbsbeschränkung usw. zurückgreifen und diese letztlich in den Tatbestand aufnehmen, sondern sich überwiegend an spezifischen Unrechtssachverhalten orientieren¹² und - mit dem Schwerpunkt auf der Handlung an sich oder wenigstens auf ihrer Verknüpfung mit einem speziellen Handlungserfolg¹³ - auch mit dem Mittel der Handlungsumschreibung erfassen. Damit sind im Bereich dieser Tatbestände zum großen Teil diejenigen Forderungen verwirklicht, die von der Kritik an § 38 I Nr. 1 aufgestellt werden, vor allem hinsichtlich der Bestimmtheit und ihrer Gewährleistung mittels ausreichend deskriptiver Fassung der Tatbestände sowie die Vermeidung generalklauselartiger Weite der Bußgeldbestimmung und ihre Ersetzung durch spezielle, schwerpunktartig auf einzelne, besonders gefährliche Verhaltensweisen beschränkte Tatbestandsfassungen¹⁴. Damit ist auch erklärt, weshalb diese Tatbestände bei den zum Teil sehr energischen Angriffen gegen die Fassung der kartellrechtlichen Bußgeldbestimmungen in der Regel von vornherein ausgespart werden¹⁵. Vielmehr beschränkt sich die Aufmerksamkeit, die die Literatur diesen Tatbeständen widmet, vor allem auf die zum Teil heiklen Probleme der zahlreichen subjektiven Merkmale¹⁶ - wobei allerdings ein Vergleich mit Streitfragen aus der Dogmatik zum Kernstrafrecht leicht erweisen könnte, daß es sich hierbei um im Strafrecht ganz allgemein übliche Schwierigkeitsgrade handelt, die nicht zu grundsätzlichen Bedenken gegen einen Tatbestand Anlaß geben.

Durch diese Ausgestaltung rücken diese Tatbestände ihrem Charakter nach sehr in die Nähe der normalen, vom StGB her vertrauten Straftatbestände¹⁷. Dies zeigt sich insbesondere

12) STRICKRODT, WuW 1960, 825 f.

13) Vgl. BALLERSTEDT in: Böhm-Festschrift S. 181 ff. für § 26 I und § 25 I GWB

14) Vgl. oben § 6

15) Vgl. nur STRICKRODT, WuW 1960, 825 ff.; RAISCH, ZfdgHR 1966, 165 ff.

16) SANDROCK, JurA 1970, 48 ff. (57 ff.); SPENGLER, WuW 1963, 3 ff.

17) Gleichwohl ist die teilweise vertretene Ansicht, hier handle es sich nur um Individualschutz, nicht zu halten, vgl. oben § 2 V

darin, daß gerade auf dem Gebiet dieser Tatbestände die Bestimmungen des StGB (vor allem §§ 240, 253) konkurrierend eingreifen können, während das bei den anderen Tatbestandsgruppen des GWB kaum oder allenfalls durch gewagte Konstruktionen zu ermöglichen ist¹⁸. Damit aber ergibt sich, daß auf dem Gebiet dieser Gruppe die geringsten Hindernisse bestehen, die Bußgeldbestimmungen in Straftatbestände im engeren Sinne umzuwandeln. Hier würde es in der Tat genügen, die Bußgeldsanktion durch die Strafsanktion zu ersetzen, ohne daß an den Tatbeständen viel geändert zu werden brauchte. Der Gesetzgeber müßte nur seine in der Regierungsbegründung festgelegte, inzwischen überholte Einstellung zum Unrechtscharakter der Kartellverstöße und zum Wesen der Ordnungswidrigkeiten fallen lassen¹⁹: die bei § 38 I Nr. 1 aufgezeigten, von der dortigen Tatbestandsfassung herrührenden Schwierigkeiten bestehen hier nicht²⁰. Damit könnte der immer wieder vorgebrachten Forderung nach kriminalstrafrechtlichem Schutz der Wettbewerbswirtschaft²¹ Rechnung getragen werden, ohne daß man zu derart mühsamen Umwegen Zuflucht nehmen müßte wie etwa der konkurrierenden Anwendung von Tatbeständen des StGB²².

18) Vgl. dazu eingehend BAUMANN und ARZT, ZfdgHR 1970, 24 ff. (34 ff., 40 ff.); auch MAYER-WEGELIN in: Gemeinschaftskommentar § 38 Rdn. 15

19) Vgl. oben § 2 II

20) Vgl. oben § 6 II 6

21) Vgl. nur TIEDEMANN in: TIEDEMANN (Hrsg.), Die Verbrechen in der Wirtschaft S. 25; BAUMANN und ARZT, ZfdgHR 1970, 25 ff., 29 ff. (33)

22) Vgl. die eingehende Darstellung der Möglichkeiten einer konkurrierenden Anwendung von StGB-Tatbeständen bei BAUMANN und ARZT, aaO (Anm. 21), 34 ff.

§ 11 Die Praxis der Kartellbehörden in Bußgeldsachen

I. Die Bußgeldpraxis in den ersten Jahren der Geltung des GWB

Abschließend soll darauf eingegangen werden, in welchem Umfang die Kartellbehörden sich des Mittels der Bußgeldtatbestände zur Durchsetzung des materiellen Kartellrechts bedient haben. Dabei wird zu erörtern sein, ob sich aus der Bußgeldpraxis Rückschlüsse oder Bestätigungen für im bisherigen vorgetragene Meinungen oder Vorschläge in Bezug auf die gesetzliche Gestaltung des Ordnungswidrigkeitenrechts im GWB finden lassen.

In den ersten Jahren der Geltung des Kartellgesetzes haben sich die Kartellbehörden im Hinblick auf Bußgeldbeantragung außerordentlich zurückgehalten. Bis 1962 waren beim Bundeskartellamt 2403 Bußgeldverfahren eingeleitet worden. Nur in 2 (!) Fällen hat das Amt einen Bußgeldantrag (nach der damaligen alten Fassung des § 81 GWB) an das OLG gestellt, obwohl es 591 Fälle gab, in denen das Verfahren wegen Aufgabe des beanstandeten Verhaltens eingestellt wurde, also Fälle, in denen die Tatbestandsmerkmale erfüllt waren und Beweisschwierigkeiten nicht vorlagen¹. Diese Praxis wurde von der kartellrechtlichen Literatur mit ganz wenigen Ausnahmen stillschweigend hingenommen² - wie überhaupt die gesamte Literatur der praktischen Handhabung der Bußgeldtatbestände so gut wie gar keine Beachtung schenkt.

Die Bundesregierung hat in ihrer Stellungnahme zum Bericht

- 1) Vgl. Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts für 1962, BT-Drucksache IV/1220, Tabelle M, S. 157 und Stellungnahme der Bundesregierung ebenda S. 3; TALLNER in: Bundeskriminalamt (Hrsg.), Grundfragen der Wirtschaftskriminalität S. 233 ff. (Aussprache S. 250)
- 2) Einzig REINHART, S. 12 f. stellt diese Erscheinung auf Grund der Tätigkeitsberichte fest, ohne aber dazu Stellung zu beziehen

des Bundeskartellamts für 1962³ die Kartellbehörden zu schärferem Durchgreifen ermuntert. Sie meint, es sei nichts dagegen einzuwenden, wenn das Bundeskartellamt entsprechend der Regierungsbegründung zum GWB⁴ davon ausging, daß "weite Kreise der Betroffenen eine Zuwiderhandlung gegen das Gesetz nur als kaufmännisch unlauteres Verhalten und als Verstoß gegen gewisse Ordnungsprinzipien der Wettbewerbswirtschaft" auffaßten, und deshalb nur darauf hingewirkt habe, daß das ordnungswidrige Verhalten aufgegeben wurde. Sie betont aber, daß nunmehr, nachdem die Beteiligten fünf Jahre lang Gelegenheit hatten, sich mit dem Gesetz vertraut zu machen und auch an Hand der Berichte des Bundeskartellamts sich über die Auslegung einzelner Vorschriften zu unterrichten, "das Gesetz jedenfalls in schwerwiegenden Fällen, insbesondere wenn nicht unerhebliche Gewinne oder entsprechende Vorteile erzielt worden sind, schärfer angewendet und der Antrag auf Festsetzung eines Bußgeldes gestellt" werden sollte⁵.

Einer der leitenden Beamten des Bundeskartellamts hat das Verhalten der Behörde begründet⁶: Das Bundeskartellamt habe es wegen der Schwierigkeit der Verbotstatbestände gerade in den ersten Jahren seiner Tätigkeit für richtig gehalten, die in Frage kommenden Betroffenen über die Bedeutung und die Auslegung der neuen Gesetzesvorschriften in aller Klarheit zu unterrichten und so das Unrechtsbewußtsein zu festigen. Zu diesem Zweck hätten die Angehörigen des Bundeskartellamts Aufsätze veröffentlicht, Vorträge gehalten und mit Interessengruppen und Verbänden Gespräche geführt. Neben diesem Bestreben nach Aufklärung stehe noch ein weiterer Gesichtspunkt: vielfach erscheine es vernünftiger, jemanden gegen die Garantie, daß die gestörten Verwaltungsinteressen wieder hergestellt werden, straflos zu lassen, anstatt ihn zu bestrafen und es auf eine in Zukunft geschickter angelegte Illegalität ankommen zu lassen. Diese Überlegung habe jeden-

3) BT-Drucksache IV/1220 S. 2 f.

4) BT-Drucksache II/1158 S. 28

5) BT-Drucksache IV/1220 S. 3

6) TALLNER aaO (Anm. 1)

falls in der ersten Zeit eine Rolle gespielt und sie erscheinen für Bagatellfälle überhaupt zweckmäßig. Diese Verfahrensweise sei ja bei Ordnungswidrigkeiten auch durchaus rechtmäßig.

Ob nun die Kritik der Bundesregierung zu Änderungen in der Bußgeldpraxis geführt und wie sich diese in der Folgezeit weiterentwickelt hat, soll im folgenden untersucht werden.

II. Die Bußgeldpraxis der Kartellbehörden in Zahlen

1.) Die Jahresberichte des Bundeskartellamts als Quelle

Als Quelle stehen hier die jährlich erstatteten Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamts zur Verfügung. Sie enthalten jeweils als Tabelle M und Tabelle N eine Übersicht über Anzahl und Verfahrensstand der Bußgeldverfahren, die Tabelle M für das Bundeskartellamt, die Tabelle N gemeinsam für die Landeskartellbehörden. Die Verfahren sind nicht nach den gesetzlichen Bußgeldtatbeständen aufgegliedert, sondern jeweils der "grundlegenden Bestimmung" des materiellen Kartellrechts zugeordnet, also § 1, § 15, § 20 Abs. 1, § 21 usw.. Jedoch läßt sich infolge der gesetzlichen Verweisungstechnik bei den Bußgeldtatbeständen leicht feststellen, zu welchem Bußgeldtatbestand der §§ 38, 39 die entsprechende Verfahrensgruppe gehört.

Die Tabellen sind nach folgenden Kategorien hinsichtlich des Verfahrensstandes aufgeschlüsselt: Zunächst wird die Gesamtzahl der Verfahren aufgeführt, sodann der Anteil der Verfahren, der auf die Zeit ab 1967 (nach der Kartellnovelle 1966, die den Behörden die selbständige Bußgeldfestsetzung zugestand) entfällt. Es folgen die Fälle, die sich noch in rechtlicher oder wirtschaftlicher Prüfung befinden. Anschließend sind die Verfahren erfaßt, in denen ein Bußgeld festgesetzt worden ist, unterteilt in "unanfechtbar geworden", "Einspruch eingelegt", "Rechtsbeschwerde eingelegt" und "Bußgeldbescheid aufgehoben". Die nächste Rubrik bringt die Verfahrenseinstellungen, aufgeteilt in zwei Gruppen: zunächst die Verfahren, in denen das Verfahren eingestellt wurde, nachdem das beanstandete Verhalten aufgegeben wurde - das sind die Fälle, in

denen der Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit erfüllt ist und keine Beweisschwierigkeiten vorliegen⁷. Die zweite Gruppe betrifft die Fälle der Einstellungen aus anderen Gründen, also wegen Nichterfüllung des Tatbestandes oder Beweisschwierigkeiten. Schließlich folgen noch Angaben über die an andere Kartellbehörden abgegebenen Verfahren. Die Tabellen werden fortgeschrieben, und zwar dergestalt, daß in jeder Rubrik zunächst der Stand am Stichtag des vorherigen Berichts angegeben wird, sodann als mittlere Zahl die Veränderung im Berichtszeitraum und schließlich als letzte Zahl der Stand am Stichtag des vorliegenden Berichts⁸. Somit lassen sich aus dem jeweils letzten Bericht die Gesamtzahlen für die ganze vorhergegangene Tätigkeit der Kartellbehörden entnehmen. Da es bei den hier verfolgten Zwecken weniger auf den Verlauf der Entwicklung von Jahr zu Jahr ankommt als auf das Gesamtbild der behördlichen Tätigkeit in Bußgeldsachen, genügt es, den letzten vorliegenden Jahresbericht zugrunde zu legen, also den Tätigkeitsbericht für das Jahr 1969, der am 11. Juni 1970 mit der Stellungnahme der Bundesregierung dem Bundestag vorgelegt wurde⁹. Danach ergibt sich im einzelnen folgendes Bild:

2.) Die generalklauselartigen originären Tatbestände

a) § 38 I Nr. 1 i. V. mit § 1:

Verfahren insgesamt:	1833
davon noch in rechtl. und wirtsch. Prüfung	194
Einstellungen nach Aufgabe des beanstandeten Verhaltens:	263
Einstellungen aus anderen Gründen:	1167
Bußgeldbescheide (einschließ- lich der angefochtenen)	8

- 7) Dies läßt sich zwar der Tabelle nicht ausdrücklich entnehmen, ergibt sich aber aus den Äußerungen der Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht 1962 aaO (Anm. 1) und den Angaben bei TALLNER aaO (Anm. 1) S. 250, die zahlenmäßig mit dieser Fallgruppe in der Tabelle M des Tätigkeitsberichts 1962 aaO (Anm. 1) S. 157 übereinstimmen
- 8) Vgl. die Erläuterungen im Tätigkeitsbericht für 1969, BT-Drucksache VI/950 S. 125
- 9) BT-Drucksache VI/950

- b) Die übrigen Fälle des § 38 I Nr. 1 (i. V. mit §§ 15, 20 I, 21) ergeben zusammen folgendes Bild:

Verfahren insgesamt:	941
noch in rechtl. und wirtsch. Prüfung:	28
Einstellungen nach Aufgabe des beanstandeten Verhaltens:	400
Einstellungen aus anderen Gründen:	496
<u>Bußgeldbescheide</u>	2

- c) Im Bereich des zweiten generalklauselartigen originären Tatbestandes, bei § 38 II Satz 2 zeigt sich:

Verfahren insgesamt:	1481
noch in rechtl. und wirtsch. Prüfung	82
Einstellung nach Aufgabe des beanstandeten Verhaltens:	798
Einstellungen aus anderen Gründen:	557
<u>Bußgeldbescheide</u> (einschl. der angefochtenen):	8

- d) Dazu kommen noch zwei Verfahren nach § 38 II Satz 1, von denen eines sich noch in Prüfung befindet, das andere aus "anderen Gründen" eingestellt ist.

Demnach ergibt sich für den Gesamtbereich der generalklauselartig weitgefaßten originären Tatbestände in § 38 I Nr. 1 und § 38 II folgendes Zahlenmaterial:

Insgesamt wurden 4257 Bußgeldverfahren eingeleitet. Zieht man davon die noch in rechtlicher und wirtschaftlicher Prüfung befindlichen Verfahren ab (305), so ergibt sich, daß bisher 3952 abgeschlossene Verfahren vorliegen. 2220 dieser Verfahren wurden ("aus anderen Gründen") wegen Nichterfüllung des Tatbestandes oder Beweisschwierigkeiten eingestellt. Immerhin in 1461 Fällen war der Tatbestand erfüllt und gab es keine Beweisschwierigkeiten; gleichwohl wurden sie eingestellt, nachdem das beanstandete Verhalten aufgegeben wurde. Zur Festsetzung von Bußgeld kam es lediglich in 18 Fällen.

Bemerkenswert ist noch, daß bei den Fällen des § 38 I Nr. 1 i.V. mit § 1 das Verhältnis der trotz Tatbestandsmäßigkeit eingestellten Fälle zu den aus anderen Gründen eingestellten 263 : 1167, also etwa 1 : 4 beträgt, während bei den übrigen Verfahren nach § 38 I Nr. 1 das Verhältnis zwischen 1 : 2 und 1 : 1 schwankt. Bei § 38 II 2 überwiegen sogar die Einstellungen trotz Tatbestandsmäßigkeit.

3.) Die spezifischen originären Tatbestände

Im Bereich der spezifischen originären Tatbestände gibt es nach § 38 I Nr. 3, 7 und 9 überhaupt keine Verfahren. Bei den Fällen nach § 38 I Nr. 8 i.V. mit §§ 25, 26 ergibt sich folgendes:

Verfahren insgesamt:	1136
noch in rechtl. und wirtsch. Prüfung:	42
Einstellungen nach Aufgabe des beanstandeten Verhal- tens:	255
Einstellungen aus anderen Gründen:	707
<u>Bußgeldbescheide</u> (einschl. der angefochtenen):	7

Hier ergeben sich also 1094 abgeschlossene Verfahren (1136 - 42), aus denen 7 Bußgeldbescheide hervorgingen. Das Verhältnis der trotz Tatbestandsmäßigkeit eingestellten zu den aus anderen Gründen eingestellten Verfahren beträgt knapp 1 : 3.

4.) Auskunfts- und Anmeldepflichtverletzungen

Im Bereich der Auskunfts- und Anmeldepflichtverletzungen des § 39 gab es lediglich 16 Verfahren; sie führten zu keinem Bußgeldbescheid.

5.) Die Zuwiderhandlungen gegen Verfügungen

Für den weiten Bereich der Mißbrauchsaufsicht, in dem die Zuwiderhandlungen gegen zahllose Verfügungen, Unwirksamkeitserklärungen, Auflagen und einstweilige Anordnungen mit Bußgeldtatbeständen (§ 38 I Nr. 2, 4, 5 und 6) bewehrt sind,

weist die Tabelle nicht ein einziges Bußgeldverfahren, geschweige denn einen Bußgeldbescheid aus. Aus der Tabelle J (Verfahren wegen Verdachts eines Mißbrauchs)¹⁰ ergibt sich, daß insgesamt 2699 Verwaltungsverfahren eingeleitet wurden, von denen 2344 abgeschlossen sind. Davon kam es in 100 Fällen zu einer Verfügung des Bundeskartellamts. 699 Verwaltungsverfahren wurden vor Erlass einer Verfügung eingestellt, nachdem der beanstandete Mißbrauch abgestellt wurde. 1469 Verfahren wurden aus anderen Gründen eingestellt. In keinem Fall, in dem eine Verfügung zustandekam, hat sich ein Bußgeldverfahren wegen Zuwiderhandlung gegen diese Verfügung angeschlossen.

6.) Gesamtzahlen

Es wäre müßig, auch die Zahlen der Landeskartellbehörden im einzelnen darzustellen. Sie decken sich im Verhältnis der einzelnen Verfahrensstadien weitgehend mit denen des Bundeskartellamtes - bis auf die Abweichung, daß nach § 38 I Nr. 1 i.V. mit § 1 immerhin 188 Bußgelder festgesetzt wurden, während es bei allen übrigen Tatbeständen zusammen nur zu 13 Bußgeldbescheiden kam (bei einer Gesamtzahl von 2977 Verfahren). Dabei muß aber berücksichtigt werden, daß schon nach dem Tätigkeitsbericht für 1962¹¹ die Landeskartellbehörden 159 Bußgelder erwirkt hatten, und sich somit die Zahl in den folgenden 7 Jahren nur um 29 vermehrt hat. Die Häufung bis 1963 geht auf die in den ersten Jahren des GWB besonders häufigen Submissionsabsprachen im Baugewerbe zurück.

Zusammenfassend sollen noch einmal die Gesamtzahlen für sämtliche beim Bundeskartellamt seit seinem Bestehen durchgelauften Verfahren genannt werden:

Es liegen 4984 (5407 - 423) abgeschlossene Bußgeldverfahren vor. Davon wurden 2931 Verfahren eingestellt, weil sich entweder mangelnde Tatbestandsverwirklichung oder Beweisschwierigkeiten ergaben.

10) BT-Drucksache VI/950 S. 180

11) BT-Drucksache IV/1220, Tabelle N, S. 158

1726 Verfahren wurden trotz Tatbestandserfüllung und Fehlen von Beweisschwierigkeiten eingestellt, weil das beanstandete Verhalten aufgegeben wurde.

Lediglich in 25 Fällen kam es zur Festsetzung eines Bußgeldes.

III. Folgerungen aus dem statistischen Material über die Bußgeldpraxis

1.) Der Bereich des Mißbrauchsprinzips mit den Zuwiderhandlungstatbeständen

Am eindrucksvollsten erscheint die Tatsache, daß auf dem sachlich ungeheuer weiten Feld der kartellbehördlichen Mißbrauchsaufsicht die zahlreichen komplizierten, sämtliche Arten von Verwaltungsakten der Kartellbehörden bewehrenden Tatbestände völlig leerlaufen. Das erweist auf der einen Seite, daß die Kartellbehörden im Bereich der Mißbrauchsaufsicht zur Durchsetzung des materiellen Kartellrechts nicht auf Bußgeldbestimmungen angewiesen sind. Offensichtlich genügt zur Durchsetzung der Druck der möglichen verwaltungsrechtlichen Eingriffe. Man könnte allenfalls noch vermuten, daß erst die in Form von Zuwiderhandlungstatbeständen dahinterstehende Bußgeldandrohung den Verfügungen der Behörden Nachdruck verleiht und die Betroffenen es nicht wagen, den Verfügungen zuwiderzuhandeln. Der Grund dafür könnte in der Befürchtung liegen, die Behörde würde, nachdem das mißbilligte Verhalten schon durch die Verfügung klar abgegrenzt ist, schnell und zügig im Falle der Zuwiderhandlung das Bußgeldverfahren durchführen. Da hier vor allem die Berufung auf einen Irrtum kaum eine Rolle spielen kann, würden wenig Möglichkeiten der Verteidigung verbleiben¹². Wäre diese Vermutung richtig, so könnte man den Zuwiderhandlungstatbeständen ihre Berechtigung kaum absprechen, da sie dann eine immerhin erhebliche generalpräventive Wirkung entfalten würden. Das ist jedoch leicht zu widerlegen, da sich aus dem Zahlenmaterial ergibt, daß es in den weitaus meisten Fällen gar

12) Diesen letzteren Gedanken betont vor allem SCHWARZ, WuW 1967, 175 ff. (193)

nicht erst zu einer kartellbehördlichen Verfügung kommt, sondern daß schon die bloße Einleitung und Durchführung des Verwaltungsverfahrens vor den Behörden die Betroffenen dazu bringt, die in diesem Verfahren von der Behörde beanstandeten Mißbräuche abzustellen. Deshalb können die Bußgeldtatbestände allenfalls eine sehr mittelbare generalpräventive Wirkung entfalten dahingehend, daß sie der am Ende des Verwaltungsverfahrens drohenden Verfügung zusätzliches Gewicht verleihen. Sogar auf diese mittelbare Wirkung verzichtet das Bundeskartellamt gelegentlich, wenn es beim Erlaß von Verfügungen davon absieht, auf die Bußgeldbestimmungen hinzuweisen¹³, was nach § 38 I Nr. 4, 5 und 6 ausdrücklich vorgeschrieben ist und nach allgemeiner Ansicht der Literatur¹⁴ auch für Nr. 2 gilt: ohne diesen Hinweis ist die Durchführung eines Bußgeldverfahrens nicht möglich. Die angesichts dieser Tatsachen noch verbleibende Funktion der Bußgeldtatbestände könnte wohl ebenso gut durch die Mittel des Verwaltungszwangs ersetzt werden. Es zeigt sich also, daß der Gesetzgeber in seinem Eifer, allumfassende Strafbewehrung zu schaffen, weit über die von der Sache her gebotenen Notwendigkeiten hinausgegangen ist. Damit soll aber nicht gesagt werden, daß im Bereich der Mißbrauchsaufsicht Bußgeld- oder Straftatbestände völlig fehl am Platze wären. Vielmehr besteht auch hier das Bedürfnis, und - nachdem sich die allumfassende Bewehrung als unnötig erweist - auch die Möglichkeit, zur eigentlichen Funktion des Strafrechts zurückzukehren, nämlich besonders gravierende sozialschädliche Verhaltensweisen mit selbständigen Tatbeständen herauszugreifen und zu sanktionieren, wobei auch auf diesem Gebiet kein Grund zu ersehen ist, nicht das Mittel der Kriminalstrafe einzusetzen¹⁵.

13) Vgl. etwa WuW/E BKartA 725, 747, 841

14) Vgl. nur MÜLLER-GRIES-GIESSLER § 38 Rdn. 18

15) Dazu oben § 6 II 6 m. Nachw.. Wie schwerwiegend die Verstöße auf diesem Gebiet sind, zeigt z.B. das Mißbrauchsverfahren gegen mehrere große Mineralölgesellschaften wegen der Benzinpreise an den Autobahntankstellen. Es wurde nach etlichen Preissenkungen eingestellt, vgl. Pressemitteilung des Bundeskartellamts, WuW 1969, 743

2.) Der Bereich des Verbotsprinzips mit den originären
Tatbeständen der §§ 38 I Nr. 1 und 38 II

Hier zeigt sich am deutlichsten, wie weitgehend das Bundeskartellamt die Möglichkeiten des Opportunitätsprinzips¹⁶ ausnutzt. Sicher ist es sinnvoll, daß nicht jeder Fall der Tatbestandserfüllung auch mit einem Bußgeld geahndet wird; aber ebenso sicher geht es nicht an, daß von 1461 den Tatbestand erfüllenden Fällen lediglich 18 (wenn man die spezifischen Tatbestände hinzunimmt von 1726 nur 25) zu einem Bußgeldbescheid führen. Mit dieser Einstellungspraxis hat das Bundeskartellamt längst auf "kaltem Wege" das erreicht, was die führenden Praktiker, darunter der Präsident des Amtes fordern¹⁷, nämlich die Einführung eines objektiven Verwaltungsverfahrens. Das Amt hat auf diese Weise das Bußgeldverfahren umfunktioniert und benutzt es zur verwaltungsmäßigen Unterdrückung von Wettbewerbsverstößen. Es sieht offensichtlich seine Aufgabe in dem Augenblick als erfüllt an, in dem es ihm gelingt, die Betroffenen von dem gesetzeswidrigen Verhalten abzubringen, ohne daß es ihm dann noch darauf ankommt, auch die Möglichkeit einer Verhängung von Bußgeld auszuschöpfen. Diese Auffassung hat es in den ersten Jahren vertreten¹⁸ und - wie das Zahlenmaterial ausweist - bis heute beibehalten. Damit aber werden die Kartellverstöße für die Täter noch weit mehr abgewertet, als sie es schon durch die Beschränkung auf Ordnungswidrigkeiten sind, denn das Verwaltungsverfahren verläuft nichtöffentlich und weitgehend in der Form von partnerschaftlichen Verhandlungen zwischen Behörde und Betroffenen, so daß nicht einmal Nachteile hinsichtlich des Prestiges von Firmen oder Unternehmerpersonen eintreten können. Der Täter hat hier letztlich nichts zu befürchten. Er kann sein gesetzeswidriges Verhalten ruhig solange betreiben, bis die Behörde ein Verfahren einleitet; wenn er es dann schnellstens aufgibt, geschieht ihm nichts, während er den Gewinn für sich behalten kann. Die

16) Vgl. oben § 3 II

17) GÜNTHER in: Zehn Jahre Bundeskartellamt S. 33; KARTTE, Ein neues Leitbild S. 85

18) Vgl. TALLNER aaO (Anm. 1), wiedergegeben oben § 12 I

wenigen Fälle, in denen das Bundeskartellamt doch einschreitet, wirken nicht abschreckend, wenn man bedenkt, daß das Amt gegen sieben führende Waschmaschinenhersteller der Bundesrepublik wegen einer schwerwiegenden Preisabsprache Bußgelder von insgesamt 197 000 DM und damit die zweithöchste Strafe seit Bestehen des Amtes verhängt hat¹⁹. Solche Beträge (geteilt durch 7!) wirken auf Großfirmen nicht gerade sehr eindrucksvoll.

Ganz sicher kann durch diese Praxis das Ziel des Gesetzgebers, den Unwertgehalt der Kartellverstöße ins Bewußtsein der beteiligten Kreise und der Öffentlichkeit zu rücken, nicht erreicht werden. Da auch die 1963 erfolgte Aufforderung der Bundesregierung zu schärferem Durchgreifen bis heute kaum Erfolg gezeitigt hat und die Kartellbehörden nach wie vor die Verstöße im Verwaltungsbereich verhandlungsweise abwickeln, darf auch für die Zukunft kaum mit einer Änderung gerechnet werden.

3.) Der Bereich der speziellen originären Tatbestände

Auch bei den spezielleren, deskriptiv gestalteten Tatbeständen zeigt sich dieselbe Erscheinung. Auch hier zieht die Behörde die "Wiederherstellung der Verwaltungsinteressen"²⁰ durch Einstellung nach Aufgabe des beanstandeten Verhaltens der Bußgeld-Sanktion vor, und zwar in einem ebenso krassen Verhältnis wie bei der vorhergegangenen Gruppe.

4.) Schlußfolgerungen

Wenn mit dem Willen des Gesetzgebers, die Kartellverstöße durch strafrechtliche Sanktionen (zunächst Bußgelder, später eventuell Strafen) aus dem grauen Bereich des kaufmännisch unlauteren Verhaltens heraus in das Wertbewußtsein der Beteiligten und der Öffentlichkeit zu heben, ernst gemacht werden soll, dann muß diese Praxis der Behörden geändert werden.

19) "Der Spiegel" Nr. 17/1970 ("Preiskartell"): Die höchste Geldbuße (von 262 000 DM) wurde gegen mehrere Hersteller von Teerfarben verhängt, WuW/E BKartA 1179; die Entscheidung hatte aber keinen Bestand, vgl. BGHSt 24, 54 ff.

20) TALLNER aaO (Anm. 1)

Dazu genügen aber weder Weisungen des Bundeswirtschaftsministers an das Bundeskartellamt noch die Aufhebung oder Einschränkung des Opportunitätsprinzips noch auch die schlichte Umwandlung der bestehenden Tatbestände in Straftatbestände mit gleichzeitiger Geltung des Legalitätsprinzips: denn der Grund der derzeitigen Praxis liegt ja nicht im "bösen Willen" der Kartellbehörden, sondern - wie zu zeigen versucht wurde - in der Unbestimmtheit und mangelhaften Praktikabilität der vorhandenen Tatbestände. Nicht umsonst weisen gerade die Praktiker immer wieder darauf hin, wie schwer es ist, mit den derzeitigen Tatbestandsmerkmalen im Rahmen des Bußgeldverfahrens effektiv zu arbeiten²¹. Vielmehr könnte zu einer grundlegenden Änderung nur die Einführung eines objektiven Verwaltungsverfahrens im Bereich des Verbotsprinzips führen unter gleichzeitiger Neufassung der Bußgeldtatbestände in Richtung auf mehr handlungsbeschreibende, klar abgrenzbare, die schwerwiegenden Verhaltensweisen erfassende Tatbestände. Dann bestünde - wie bereits dargelegt - auch kein Hindernis mehr, die Strafsanktion einzuführen, womit dann zugleich das Legalitätsprinzip zum Zuge käme und die Kartellverstöße aus ihrem Schattendasein im Bereich der Wirtschaftsverwaltung herausgehoben und mittels der Publizitätswirkung der Justizzuständigkeit auch von der Öffentlichkeit ihrem allgemeinschädlichen Gewicht nach richtig eingeschätzt werden könnten.

Betrachtet man allerdings das Schicksal der Kartellnovelle 1969, die durch politischen und wirtschaftlichen Einfluß und Widerstand immer mehr zu einem Fragment zu schrumpfen scheint und deren gesetzliche Verwirklichung sich immer mehr verzögert²², so erscheint es angebracht, hinsichtlich der hier erwogenen Reformen sich auf längere Sicht mit Geduld zu wappnen. Das kann nicht daran hindern, immer wieder auf die Mißstände hinzuweisen.

21) Vgl. nur noch einmal GÜNTHER in: Zehn Jahre Bundeskartellamt S. 33

22) "Der Spiegel" Nr. 14/1971 S. 60

Literaturverzeichnis:

- BALLERSTEDT, KURT, Handlungsunwert oder Erfolgsunwert im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung? in: Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 179 ff.
- , Wirtschaftsverfassungsrecht, in: BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, Die Grundrechte, Bd. III 1, Berlin 1958
- BARNIKEL, HANS-HEINRICH, Die Abgrenzung des relevanten Marktes, WuW 1961, 246 ff.
- BAUMANN, JÜRGEN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch, 5. Aufl. Bielefeld 1968
- BAUMANN, JÜRGEN und ARZT, GUNTHER, Kartellrecht und allgemeines Strafrecht, ZfdgHR 1970, 24 ff.
- BAUMBACH-HEFERMEHL, begr. von ADOLF BAUMBACH, fortgef. von WOLFGANG HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. I, Wettbewerbsrecht, 9. Aufl. München und Berlin 1964
- BAUR, JÜRGEN F., Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb", ZfdgHR 1970 (Bd. 134), 97 ff.
- BEHRENS, FRIEDRICH-STEPHAN, Der Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1958, 48 ff.
- BENISCH, WERNER, Auflagen durch Kartellbehörden, WuW 1961, 449 ff.
- , Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, WuW 1961, 764 ff.
- BIEDENKOPF, KURT, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, Heidelberg 1958
- , Wettbewerbspolitik zwischen Freiheitsidee und Pragmatismus, WuW 1968, 3 ff.
- BÖCKSTIEGEL, KARL-HEINZ, Richtlinien des Bundeskartellamts für die Nichtverfolgung unbedeutender Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1967, 11 ff.
- BÖHM, FRANZ, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Tübingen 1950
- BOLENIUS, JOCHEN-MICHAEL, Straftaten und Ordnungswidrigkeiten im Wettbewerbs- und Kartellrecht, Diss. Tübingen 1965
- BORCHARDT-FIKENTSCHER, KNUT BORCHARDT und WOLFGANG FIKENTSCHER, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957

BULLINGER, MARTIN, Staatsaufsicht in der Wirtschaft,
VVDStRL H. 22 (1965), 264 ff.

CRAMER, PETER, Grundbegriffe des Rechts der Ordnungswidrigkeiten. Eine Einführung an Hand von Fällen,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1971

CROMME, FRANZ, Der "spürbare Markteinfluß" des Kartells,
WuW 1969, 601 ff.

EBISCH, HELLMUTH, Wirtschaftsstrafgesetz 1954 in der
Fassung vom 21. 12. 1962 (Losebl.-Kommentar), Frankfurt/Main 1963

EHLE, DIETRICH, Der Empfehlungs- und Umgehungstatbestand
in § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB, WuW 1964, 308 ff.

--, Der Empfehlungstatbestand, WuW 1963, 971 ff.

--, Umgehung des Kartellverbots auf Grund von Empfehlungen, Diss. Köln 1961

FALLER, HANS-JÜRGEN, Zur Deliktsfähigkeit bei kartellrechtlichen Ordnungswidrigkeiten, in: Ehrengabe für Bruno Heusinger, München 1968

FALLNER, RUDOLF, Beobachtungen über Methoden zur Beschränkung des Wettbewerbs, in: Bundeskriminalamt (Hrsg.), Grundfragen der Wirtschaftskriminalität, Wiesbaden 1963

FORSTHOFF, ERNST, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Bd.
Allgemeiner Teil, 9. Aufl. München und Berlin 1966

FIKENTSCHER, WOLFGANG, Die vertikale Preisempfehlung,
München und Berlin 1960

--, Neuere Entwicklung der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB, WuW 1961, 788 ff.

--, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1958

GLEISS, ALFRED, Wann werden Konditionen-, Rabatt- und Normkartelle wirksam? NJW 1958, 530 ff.

GLEISS, ALFRED und HIRSCH, MARTIN, Zusammenschlüsse nach § 23 GWB, NJW 1961, 1516 f.

GLEISS-HIRSCH, ALFRED GLEISS und MARTIN HIRSCH, EWG-Kartellrecht, Kommentar, Heidelberg 1962

- GLEISS-HOOTZ, ALFRED GLEISS und CHRISTIAN HOOTZ, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Systematische Fundstellensammlung und weitere Gesetze, Heidelberg 1966
- GÖHLER, ERICH, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar, 2. Aufl. München 1970
- GROSSFELD, BERNHARD, Die politische Tragweite der Wettbewerbsproblematik, WuW 1968, 719 ff.
- GRIESBACH, BERNHARD, Die Wettbewerbspolitik im Rahmen der allgemeinen Wirtschaftspolitik, in: Bundeskartellamt (Hrsg.), Zehn Jahre Bundeskartellamt, Köln, Berlin, Bonn, München 1968, S. 39 ff.
- GÜNTHER, EBERHARD, Rückblick und Ausblick, in: Bundeskartellamt (Hrsg.), Zehn Jahre Bundeskartellamt, Köln, Berlin, Bonn, München 1968, S. 11 ff.
- , Brauchen wir eine neue Wettbewerbspolitik? WuW 1967, 91 ff.
- , Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Karlsruhe 1960
- GUTMANN-HOCHSTRATE-SCHLÜTER, GERNOT GUTMANN, HANS-JOACHIM HOCHSTRATE und ROLF SCHLÜTER, Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1964
- GUTZLER-NÖLKENSMEIER, Das Bußgeldverfahren in Kartellsachen nach dem neuen Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, WRP, 1969, 1 ff.
- GUTZLER, HELMUT, Anwendung von Verwaltungszwang durch die Kartellbehörden, NJW 1963, 521 ff.
- HANACK, ERNST-WALTER, Zur verfassungsmäßigen Bestimmtheit und strafrechtlichen Auslegung des Begriffs "unzüchtige Schrift" (§ 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG), JZ 1970, 41 ff.
- HERSCHEL, WILHELM, Zivilrechtliche Bedeutung des strafrechtlichen Analogieverbotes, NJW 1968, 533 f.
- HOPPMANN, ERICH, Zum Schutzobjekt des GWB, in: MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM (Hrsg.), Wettbewerb als Aufgabe, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1968, S. 61 ff.
- , Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Schriften des Vereins für Sozialpolitik N.F., Bd. 48 (1968), 9 ff.

- HUBER, ERNST RUDOLF, Das Empfehlungsverbot, Eine kartellrechtliche Studie, Stuttgart 1959
- JESCHECK, HANS-HEINRICH, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, Berlin 1969
- KAUFMANN, ARTHUR, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Mainz 1950
- KAUFMANN-RAUTMANN, HEINZ KAUFMANN, HANS-GÜNTHER RAUTMANN u.a., Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Frankfurter Kommentar) (Losebl.-Ausg.), 2 Bde., Köln (Stand 1969)
- KANTZENBACH, ERHART, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Göttingen 1966
- KARTTE, WOLFGANG, Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, Köln, Berlin, Bonn, München 1969
- KATZKE, HANS-JOACHIM, Einstweilige Anordnungen im Kartellrecht, NJW 1962, 1132 ff.
- KLAUE, SIEGFRIED, Die bisherige Rechtsprechung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Bundeskartellamt (Hrsg.), Zehn Jahre Bundeskartellamt, Köln, Berlin, Bonn, München 1968, S. 249 ff.
- KNÖPFLE, ROBERT, Zum Wettbewerb im Sinne des § 1. GWB, WuW 1962, 159 ff.
- V. KÖHLER, KARL-HEINZ, Auflagen und Bedingungen im Kartellrecht, BB 1961, 1354 ff.
- , Das Kartellverwaltungsrecht ist öffentliches Recht, VerwArch Bd. 54 (1963), 262 ff.
- , Der verkannte § 81 GWB und das Problem einer Teilrezeption, NJW 1962, 1942 ff.
- , Einstweilige Anordnungen und Suspensiveffekt im Kartellrecht, NJW 1961, 153 ff.
- KOHLMANN, GÜNTER, Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften, Köln 1969
- KRIEGER, HANS-JOCHEN, Die Ermittlungspraxis der Kartellbehörden in Recht und Praxis, WuW 1962, 104 ff.
- LANGE, RICHARD, Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956, 73 ff.

- LANGEN, EUGEN, Kommentar zum Kartellgesetz, 2 Bde. (Losebl.-Ausg.), Neuwied und Berlin 1967
- LOHBERGER, INGRAM KARL, Blankettstrafrecht und Grundgesetz, Diss. München 1968
- LUKES, RUDOLF, Der Kartellvertrag als Vertrag mit Außenwirkungen, München und Berlin 1959
- , Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in: Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 199 ff.
- MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, THEODOR MAUNZ, GÜNTER DÜRIG und ROMAN HERZOG, Grundgesetz (Kommentar), (Losebl.-Ausg.) 2 Bde. München und Berlin (Stand 1970)
- MAYER, HELLMUTH, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967
- MAYER-WEDELIN, HEINZ, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Losebl.-Kommentar), Frankfurt/Main 1966
- MERZ, HANS, Kartellrecht - Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit? in: Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 227 ff.
- MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM, Parallele Geltung von Verbotsnormen des deutschen und des europäischen Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1968, 1297 ff.
- MEYER-CORDING, ULRICH, Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts, WuW 1962, 461 ff.
- MICHELS, HANS-GERHARD, Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, Berlin 1963
- MÖHRING, PHILIPP, Die Analogie im Kartellrecht, GRUR 1968, 541 ff.
- MÜLLER-GRIES-GIESSLER, HEINZ MÜLLER, GERHARD GRIES, PETER GIESSLER u.a., Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), (Losebl.-Ausg.), 2. Aufl. Frankfurt/Main (Stand 1968)
- MÜLLER-HENNEBERG, HANS, Die Begriffe Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung im Kartellrecht, WuW 1968, 659 ff.
- MÜLLER-HENNEBERG/SCHWARTZ, HANS MÜLLER-HENNEBERG, GUSTAV SCHWARTZ u.a., Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- , Novelle 1965 zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Nachtrag 1966 zum Gemeinschaftskommentar, Köln, Berlin, Bonn, München 1966

- NEDELMANN, JOHANN, Die Praxis des Bundeskartellamts bei der Auslegung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unter Berücksichtigung der Auslegungs-Grundsätze des Bundesgerichtshofs, Diss. Kiel 1969
- NIEDERLEITHINGER, ERNST und POECHE, JÜRGEN, Die Kartellgesetznovelle 1965, WRP 1965, 307 ff.
- RAISCH, PETER, Methodische Bedenken gegen Generalklauseln im Kartellrecht, JZ 1965, 625 ff.
- , Normqualität und Durchsetzbarkeit wirtschaftsrechtlicher Regelungen, ZfdgHR 1966, 161 ff.
- , Zum Begriff des Mißbrauchs im Sinne des § 22 GWB in: MESTMÄCKER, ERNST JOACHIM (Hrsg.), Wettbewerb als Aufgabe, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1968
- RAISER, THOMAS, Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 17. 12. 1970 (Teerfarben), JZ 1971, 394 ff.
- RASCH, HAROLD, Zu den Strafbestimmungen des Kartellgesetzentwurfs, WuW 1955, 132 ff.
- RASCH-WESTRICK, HAROLD RASCH und KLAUS WESTRICK, Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Erläuterungen zum europäischen Kartellrecht, 3. Aufl. Herne und Berlin 1966
- REBMANN-ROTH-HERMANN, KURT REBMANN, WERNER ROTH und SIEGFRIED HERMANN, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Stuttgart und Köln 1968 (Stand 1970)
- REINHART, GERT, Die vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot. Zum Begriff der Ordnungswidrigkeit nach § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB, Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- V. RENTHE gen. FINK, DONATUS, Die Auswirkungen des neuen Ordnungswidrigkeits-Gesetzes auf das Kartellrecht, WuW 1969, 78 ff.
- RIDDER, HELMUT, Preisrecht ohne Boden, AÖR Bd. 87 (1962), S. 311 ff.
- RIFTEL, PAUL, 10 Jahre deutsche Wettbewerbspolitik, in: 10 Jahre Kartellgesetz, Eine Würdigung aus der Sicht der deutschen Industrie, Bergisch-Gladbach 1968
- RITTER, ERNST-HASSO, Der Wandel der Wirtschaftspolitik und die wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1968, 1393 ff.

SÄCKER, FRANZ-JÜRGEN, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht, Düsseldorf 1971

SANDROCK, OTTO, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München 1968

--, Kritische Bemerkungen zum Entwurf für die zweite Kartellgesetz-Novelle, WuW 1969, 205 ff.

SAX, WALTER, Grundsätze der Strafrechtspflege, in: BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHETTER, Die Grundrechte, Bd. III 2, Berlin 1959, S. 909 ff.

SCHLEGEL, JÖRG, Marktmacht und Mißbrauch, WuW 1968, 176 ff.

SCHMALTZ, HANS KARSTEN, Die Bedeutung des Suspensiveffektes bei Zuwiderhandlungen gegen behördliche Anordnungen, JZ 1968, 661 f.

SCHMIDT, EBERHARD, Das neue deutsche Wirtschaftsstrafrecht, Tübingen 1950

--, Probleme des Wirtschaftsstrafrechts, SJZ 1948, 225 ff.

SCHMIDT, INGO, Neuere Entwicklungen in der Wettbewerbspolitik unter Berücksichtigung wachstumspolitischer Zielsetzungen, WuW 1966, 699 ff.

--, Zum Begriff des Preiswettbewerbs nach § 16 GWB, WuW 1964, 120 ff.

--, Beseitigung des Ungleichgewichts im GWB zwischen Wettbewerbsbeschränkungen durch Maßnahme und Zustand, ZfdGHR 1971 (Bd. 135), 193 ff.

SCHMITT, RUDOLF, Ordnungswidrigkeitenrecht dargestellt für den Bereich der Wirtschaft, Köln, Berlin, Bonn, München 1970

SCHOENKE-SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, Kommentar, begr. von ADOLF SCHOENKE, fortgef. von HORST SCHRÖDER, 15. Aufl. München 1970

SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN, Die neuere Entwicklung der Strafgesetzgebung in Deutschland, JZ 1970, 393 ff.

SCHWARZ, THEO, Der Schutz der Wettbewerbsordnung vor verbotenen Kartellen - Überlegungen zur Durchsetzbarkeit des Kartellverbots im GWB, WuW 1967, 175 ff.

SPENGLER, ALBRECHT, Der Diskriminierungstatbestand in der Rechtsprechung des BGH und in der Amtspraxis des Bundeskartellamts, WuW 1963, 3 ff.

--, Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, Schriftenreihe Wirtschaft und Wettbewerb, Heft 6 (1960)

STEINDORFF, ERNST, Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt am Main 1959

STÖCKEL, HEINZ, Gesetzesumgehung und Umgehungsgesetze im Strafrecht, Neuwied und Berlin 1966

STRICKRODT, GEORG, Die Problematik der Anknüpfung von Bußgeldfolgen an den Tatbestand des § 1 GWB, WuW 1960, 825

--, Verfassungskonforme Auslegung im Kartellrecht, DB 1959, 103 ff. und 132 ff.

STROBER, OSKAR, Auflagen zu Kartellerlaubnissen, Diss. München 1969

SAUTER, HERBERT, Zehn Jahre Kartellgesetz, BB 1968, 1169 ff.

TEICHMANN, ARNDT, Die "Gesetzesumgehung" als Tatbestandsmerkmal des § 38 Absatz 2 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WRP 1966, 91 ff.

TETZNER, HEINRICH, Kartellrecht, ~~Ein~~ Leitfaden, 2. Aufl. München und Berlin 1967

TIEDEMANN, KLAUS, Entwicklung und Begriff des Wirtschaftsstrafrechts, GA 1969, 71 ff.

--, Literaturbericht Nebenstrafrecht einschließlich Ordnungswidrigkeitenrecht, ZStW 1970, 969 ff.; 1971, 792 ff.

--, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, Tübingen 1969

--, Wirtschaftsstrafrecht als Aufgabe, in: TIEDEMANN, KLAUS (Hrsg.), Die Verbrechen in der Wirtschaft, Karlsruhe 1970

--, Zur legislatorischen Behandlung des Verbotsirrtums im Ordnungswidrigkeiten- und Steuerstrafrecht, ZStW 1969, 896 ff.

--, Zur Reform der Vermögens- und Wirtschaftsstraftatbestände, ZRP 1970, 256 ff.

TRIEBOLD, KLAUS, Bildung eines Kartells als strafbare Handlung, WuW 1955, 48 ff.

ULMER, PETER, Kartellvertrag und gentlemen's agreement, WuW 1962, 3 ff.

VÖLP, FROMUT, Der Kartellsenat des BGH und seine zweite Entscheidung zum Empfehlungsverbot, WRP 1960, 115 ff.

VOGEL, HORST-DETLEF, Wettbewerbspolitische und kartellrechtliche Grenzen zwischen Kooperation und Kartell, Diss. Würzburg 1970

WARDA, HEINZ-GÜNTER, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, Berlin 1955

--, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, Köln 1962

WEBER, KLAUS, Geschichte und Aufbau des Bundeskartellamts, in: Bundeskartellamt (Hrsg.), Zehn Jahre Bundeskartellamt, Köln, Berlin, Bonn, München 1968, S. 263 ff.

WEX, PETER, Die Grenzen normativer Tatbestandsmerkmale im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz "nullum crimen sine lege", Diss. Berlin 1970

WINKLER, ROLF, Die Rechtsnatur der Geldbuße im Wettbewerbsrecht der EWG, Tübingen 1971

WOLFF, HANS J., Verwaltungsrecht I, 7. Aufl. München 1968

WÜRDINGER, HANS, Die Freiheit der persönlichen Entfaltung, Karlsruhe 1953

--, Exportkartell und EWG, WuW 1960, 313 ff.

--, Zur Abgrenzung des § 1 GWB, NJW 1965, 2337 ff.

ZIPF, HEINZ, Die Geldstrafe, Berlin und Neuwied a. Rhein 1966

Lebenslauf:

Am 19. Mai 1940 wurde ich als Sohn des Stadttierarztes Philipp Leistner und seiner Ehefrau Marta, geb. Luz, in Altensteig geboren. Von 1946 bis 1950 besuchte ich die Volksschule in Nagold, anschließend bis zum Abitur im Februar 1959 das Gymnasium Nagold.

Von 1959 bis 1964 studierte ich Rechtswissenschaften an den Universitäten Tübingen und Heidelberg. Die erste juristische Staatsprüfung legte ich im Herbst 1964 in Tübingen ab.

Meine Eltern verstarben 1958 und 1964. 1964 verheiratete ich mich mit Christa, geb. Bremer. Dieser Ehe entstammt ein Sohn.

Meine Referendarszeit verbrachte ich in Tübingen, Stuttgart und Hechingen. Die zweite juristische Staatsprüfung fand im Herbst 1968 in Stuttgart statt. 1969 und 1970 war ich wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Strafrecht II der Justus Liebig-Universität in Giessen bei Prof. Dr. Klaus Tiedemann. Seit 1. 4. 1971 bin ich zum Richter auf Probe ernannt und im staatsanwaltschaftlichen Dienst bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Frankfurt/Main tätig.

DIFO-DRUCK SCHMACHT - BAMBERG RUF:62216